

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CONCEPTO: 1. Concepto de funcionario. No lo son los ministros. Por lo que a un recurso de ex ministro sobre compatibilidad de pensión no es aplicable la exclusión de cuestiones de personal. 2. Concepto. Ministros. No lo son. Las pensiones de ex ministros no están sometidas a las normas sobre concurrencia y limitación de pensiones. Admisibilidad de casación.—II. SELECCIÓN: Profesores Asociados de Universidad. Selección. Universidad de Cantabria. Como su contratación no tiene lugar mediante la previa participación de una Comisión nombrada al efecto, no es aplicable la doctrina del carácter vinculante para la Administración y los Tribunales de la propuesta de la Comisión.—III. CATÁLOGOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. Nombramientos. Teniente Fiscal de la Fiscalía del TC. Libre designación. Acto discrecional basado en la confianza, por lo que no es necesaria la motivación del acto denegatorio del nombramiento. 2. Artículo 23.2 CE. El derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas no se proyecta con la misma intensidad cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo que en el caso del acceso. Enseñanza no universitaria. Concurso de traslado. Eliminación del criterio de desempate del orden alfabético de los concursantes establecido en el RD 1774/94, por el que se regulan los concursos, al no respetar la idea de mérito. 3. Catálogo. Se le puede dar la significación funcional de relación de puestos de trabajo en tanto se ajusta a la normativa básica que en el ámbito de la Administración Local está constituida por el artículo 16 de la Ley 30/84. 4. Concursos. Enseñanzas no universitarias. RD 1774/94. Nulidad del criterio del orden alfabético para resolver los empates. 5. Ascensos. Fuerzas Armadas. Reserva Activa. Normativa aplicable.—IV. DERECHOS: 1. Seguridad Social. Funcionarios Administración Local. Legalidad del RD 480/1993 de integración en el Régimen General de la Seguridad Social. 2. Interino. La temporalidad es característica esencial. Pese a que al estimarse parcialmente un recurso administrativo se reconoció al funcionario su derecho a la reincorporación, no cabe pretender la subsistencia de tal derecho cuando se han dejado transcurrir más de tres años sin ejercitarlo. 3. Legalidad del RD 359/1989 sobre devengos militares. 4. Administración Local. Derechos adquiridos. Seguridad Social. No pueden confundirse con las meras expectativas. Integración en el Régimen General efectuada por RD 480/1993. Legalidad. 5. Retribuciones. Administración Local. Complemento específico. Cómputo de la situación de incompatibilidad. Admisión de casación por impugnarse indirectamente la validez del catálogo con base en el artículo 93.3 LJ. Necesidad de atenerse exclusivamente a esta cuestión. 6. Seguridad Social. Administración local. Legalidad del RD 480/1993. 7. Resolución y desalojo de un contrato de vivienda militar ocupada por Coronel en situación de servicios civiles. Es cuestión de personal, aunque esté jubilado. 8. Nulidad de orden de la Junta de Andalucía por la que se fijan las funciones y responsabilidades del personal durante la campaña de lucha contra los incendios forestales por falta del trámite de consulta a la Organización Sindical, con infracción del artículo 32.c) L. 9/1987.—V. INCOMPATIBILIDADES: Incompatibilidades. Su regulación no vulnera el derecho al trabajo ni comporta la expropiación de derechos adquiridos. Inexistencia de responsabilidad del Estado legislador.—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Faltas. Artículo 7.1.j) RRD. No guardar el debido sigilo. No es necesario que los asuntos sobre los que se guarda sigilo tengan carácter de reservados o secretos. De tenerlo la falta sería del artículo 6.e). Casación en interés de Ley. 2. Policía Local. Vigencia de la LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad tras el RD Leg. 781/86. Conducta constitutiva de delito doloso. 3. Extinción de la relación funcional en virtud de condena penal a inhabilitación especial. La pérdida de la condición de funcionario no constituye una sanción disciplinaria ni tampoco la ejecución por la Administración de los

efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del artículo 37.1.d) LF. No se restringe el principio non bis in idem.

I. CONCEPTO

1. *Concepto de funcionario. No lo son los ministros. Por lo que a un recurso de ex ministro sobre compatibilidad de pensión no es aplicable la exclusión de cuestiones de personal.*

«La Sentencia de fecha 21 octubre 1996, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de la Audiencia Nacional, declaró que la pensión vitalicia de ex ministro del actor no está sujeta a concurrencia y limitación de pensiones, ni ningún otro tipo de limitación. Por ello, dicha sentencia condenó a la Administración General del Estado a abonar a don Alfonso A. M. las diferencias retributivas que le correspondan desde la fecha de la primera reclamación, con los intereses legales correspondientes a la suma resultante.

Razona el auto recurrido en queja que a la situación del recurrente don Alfonso A. M. le es aplicable lo establecido en el artículo 93.2.a) de la Ley Jurisdiccional, razón por la cual —precisa el auto recurrido— no cabe recurso de casación contra la sentencia dictada. En consecuencia, el Tribunal de instancia, resolvió que no había lugar a tener por preparado el recurso de casación contra la sentencia dictada en el Recurso contencioso-administrativo número 220/1995.

El Abogado del Estado, en el recurso de queja interpuesto contra el citado auto del Tribunal de instancia, alega que la cuestión debatida en la instancia no puede considerarse como una cuestión de personal.

Como ya tiene dicho esta Sala en Auto de 13 diciembre 1996 (RJ 1996, 9258), ante todo es necesario precisar que el recurso de queja interpuesto está en función directa de un acto procesal del Tribunal de instancia, del auto recurrido, que considera que el problema debatido en el proceso fue cuestión de personal. La tesis del Tribunal de instancia no puede ser aceptada, por las siguientes razones:

a) No es fácil definir en términos de incontestable precisión el concepto de funcionario público. Esta es la razón por la que la doctrina científica dé una definición amplia de funcionario público, considerando como tal *a toda persona que desempeña un destino o empleo público*, y dé una definición *estricta de funcionario público*. El funcionario público en sentido estricto es aquel cuyo *status* viene adornado por las siguientes características: la legalidad de su nombramiento; la permanencia en el servicio, completada con la nota de la inamovilidad; y la retribución de sus servicios con cargo a los Presupuestos de la Administración.

b) Los Ministros del Gobierno, presentan una nota relevante de la que no se puede prescindir: son empleados públicos según la definición amplia de funcionario, y tienen carácter político y temporal. Por ello, la relación que existe entre los Ministros y la Administración General del Estado no es una relación *estatutaria* como la que tienen los funcionarios públicos en sentido estricto; ésta es la razón de que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 febrero 1989, invocada por el Abogado del Estado y recogida por el Auto de esta Sala de fecha 11 noviembre 1996, considere a los Ministros del Gobierno como empleados públicos en los que no se da la idea de la profesionalidad que marque la diferencia entre los mismos y los funcionarios públicos en el sentido que se contempla en el artículo 1.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 febrero. Debe añadirse a ello que a los Ministros del Gobierno tampoco acompaña la nota, también relevante, de la permanencia en el servicio.

Sentado, pues, que no estamos ante un asunto de los denominados "cuestiones de personal", la sentencia dictada en la instancia, no está exceptuada del recurso de casación, al no ser de aplicación el artículo 93.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.» (*Auto de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 18 febrero 1997.*)

2. Concepto. Ministros. No lo son. Las pensiones de ex ministros no están sometidas a las normas sobre concurrencia y limitación de pensiones. Admisibilidad de casación.

«La Sentencia de fecha 12 febrero 1996, dictada en el recurso número 3167/1994 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de la Audiencia Nacional declaró que la pensión vitalicia de ex ministro no está sujeta a las normas sobre concurrencia y limitación de pensiones, ni al impuesto sobre la renta, y condenó a la Administración General del Estado a su abono al recurrente, don Licinio de la F. y de la F., así como al abono de las cantidades retenidas desde el 14 de abril de 1993, fecha de su inicial reclamación, con los intereses legales correspondientes a la suma resultante.

En orden a si dicha sentencia es o no susceptible de recurso de casación, la respuesta afirmativa se impone por exigencias del principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, pues amén del precedente citado por el Abogado del Estado, constituido por la Sentencia de esta Sala Tercera de fecha 23 febrero 1989 (RJ 1989, 1384), es esa respuesta la dada también en el Auto de fecha 13 diciembre 1996 (RJ 1996, 9258), dictado por esta misma Sala y Sección en el recurso número 5408/1996, sobre una cuestión de todo punto similar, y en contemplación, ya, de la nueva regulación procesal surgida tras la reforma de la Ley de la Jurisdicción por la Ley 10/992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.» (*Auto de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 20 enero 1997.*)

II. SELECCIÓN

Profesores Asociados de Universidad. Selección. Universidad de Cantabria. Como su contratación no tiene lugar mediante la previa participación de una Comisión nombrada al efecto, no es aplicable la doctrina del carácter vinculante para la Administración y los Tribunales de la propuesta de la Comisión.

«La Universidad recurrente tacha de errónea y gravemente dañosa para el interés general la sentencia impugnada porque —dice— sustituye la actuación de los órganos colegiados especializados, que tienen encomendada la valoración de los méritos, en la contratación del Profesorado Asociado, trayendo a colación la jurisprudencia de esta Sala que impide sustituir el juicio técnico de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública, concretamente, las Sentencias de 8 noviembre 1989 (RJ 1989, 7828) y 8 julio 1994 (RJ 1994, 6478), y postulando se fije como doctrina legal "que los actos de las Comisiones Evaluadoras encargadas de la contratación del Profesorado, al emitir un juicio técnico sobre la valoración de los méritos de los aspirantes, no pueden ser revisados por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, salvo ante la vulneración de las bases de la convocatoria, o ante la concurrencia de desviación de poder o notoria arbitrariedad, y en tales supuestos carecen de com-

petencia para sustituir a los Organos de Evaluación en la valoración de los méritos invocados".

Expuesta, en síntesis, la tesis que se defiende en el recurso, lo primero que hay que puntualizar es que la sentencia recurrida, tras dejar sentado que es el baremo que rige el concurso al que se debe ajustar estrictamente la Universidad de Cantabria, sin que le sea dado valorar libremente los méritos de cada aspirante salvo en aquellos supuestos en que la puntuación puede oscilar en los que la Comisión Calificadora puede asignar los puntos que estime convenientes dentro del baremo, analiza pormenorizadamente los méritos de las recurrentes que entiende no fueron valorados al resolverse el concurso y aplicando el baremo llega a la conclusión de que se deben añadir a doña María Dolores G. R., 53 puntos y a doña Pilar G. P., 85 puntos, con lo que la puntuación total de las mismas supera las que fueron asignadas a las adjudicatarias de las plazas discutidas.

Por tanto, aunque la sentencia impugnada revisa la puntuación otorgada a las recurrentes, no se puede desconocer que esta solución trae causa de las consideraciones efectuadas respecto a la aplicación del baremo a los méritos de aquéllas, que entiende no fueron valorados al decidirse el concurso y que, por otro lado, se deja a salvo la libertad de criterio de la Universidad cuando la puntuación no viene automáticamente determinada por el baremo [vide F. cuarto, apartado c)].

Es cierto que en el recurso se arguye que la sentencia otorga puntuación a la totalidad de los méritos invocados por las recurrentes con independencia de su mayor o menor relación con el tipo de actividad a desarrollar, bien desconociendo —se dice— la declaración inicial del baremo de que se evaluarán exclusivamente los méritos debidamente certificados que tengan relación con dicha actividad, o bien teniendo presente tal declaración se entra a discernir la mayor o menor relación de cada mérito, mas frente a esta argumentación hay que puntualizar que no es tan diáfano que al evaluar los méritos —todos los méritos— se deban tener en cuenta únicamente los que tienen relación con el tipo de actividad a desarrollar, pues aunque la declaración inicial del baremo contiene un párrafo —el último— que efectivamente dice eso, el que le antecede, en cambio, precisa que "... se concederán puntos a los candidatos restantes (se refiere a los no eliminados inicialmente) por el expediente Académico, experiencia docente, labor investigadora, experiencia profesional con adecuación a la plaza que se convoca de acuerdo al baremo que se acompaña" y luego en éste, epígrafe d).1, la relación con el área específica viene referida sólo, dentro del apartado relativo a la experiencia profesional, a los puestos asistenciales de enfermería, lo que probablemente explica que la sentencia entienda implícitamente, e incluso de modo explícito [vide F. tercero, apartado d), *in fine*], que los concretos méritos cuya valoración lleva a cabo no tenían por qué estar necesariamente relacionados con el tipo de actividad a desarrollar.

En definitiva, si se repara en que el recurso no está dirigido a corregir con efectos de futuro un hipotético error en la interpretación del baremo y la sentencia, desde luego, no efectúa juicio técnico alguno de adecuación de los méritos, difícilmente puede prosperar aquél, teniendo en cuenta los términos en que aparece planteado. Y no es ésta la única consideración que se opone al éxito del mismo, ya que la doctrina que se postula, elaborada a propósito del procedimiento de selección para el acceso a la función pública, no puede extenderse, como a continuación se verá, a la contratación del Profesorado Asociado de la Universidad de Cantabria.

En la Sentencia de 8 julio 1994, fuente de inspiración de la doctrina que postula la Universidad de Navarra, se pone de relieve el significado que en la jurisprudencia invocada por ésta tienen las previsiones normativas que atribuyen a unos órganos *ad hoc* especializados, y no a las estructuras administrativas ordinarias, la competencia para seleccionar al personal que pretende ingresar al servicio de la Administración. Es precisamente a esos órganos —Tribunales y Comisiones Permanentes de Selección—, dotados de independencia funcional, a los que expresamente se refiere el artículo 20.2 del RD 2223/1984, de 19 diciembre —Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado—, para dejar sentado

que sus resoluciones vinculan a la Administración y que cuando ésta proceda a la revisión de oficio de las mismas —o en vía de recurso— habrán de practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad. Por consiguiente, si la Administración no puede sustituir a los órganos de selección designados al efecto en su función genuina, calificar las pruebas de aptitud o apreciar los méritos de los concursantes, es lógico que tampoco puedan hacerlo los Tribunales de este orden jurisdiccional en el ejercicio de su potestad revisora del actuar de aquélla.

Pues bien, sucede que en el procedimiento de selección de Profesores Asociados, que regula el artículo 169 de los Estatutos de la Universidad de Cantabria (aprobados por RD 1246/1985, de 29 mayo, y posteriormente modificados por RD 82/1993, de 22 enero), en desarrollo de los artículos 33.3 de la LO 11/1983, de Reforma Universitaria, y 20.2 y 6 del RD 898/1985, de régimen del Profesorado Universitario (versión del RD 1200/1986), la contratación del Profesorado Asociado no tiene lugar mediante la previa participación de un Tribunal o Comisión nombrados al efecto para valorar los méritos de los aspirantes, sino que se produce, como deja constancia la resolución impugnada, a través de la exclusiva intervención de los órganos propios de la Universidad, a cuya Junta de Gobierno viene atribuida la resolución del concurso, a propuesta del Departamento (o Instituto universitario) y previo informe preceptivo de la Comisión de Ordenación Académica (y, en su caso, de la Junta del centro o centros, en que el candidato impartiera docencia).

Siendo ello así, mal se puede impetrar una doctrina que ha sido elaborada por este Tribunal partiendo de una premisa que no concurre en el caso litigioso, en el que la apreciación de los méritos de los concursantes no ha sido encomendada, ni estatutariamente está previsto que lo sea, a órganos de selección designados al efecto para cumplir esa específica función, sino a las propias estructuras organizativas de la Universidad recurrente.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 28 diciembre 1996.*)

III. CATÁLOGOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Nombramientos. Teniente Fiscal de la Fiscalía del TC. Libre designación. Acto discrecional basado en la confianza, por lo que no es necesaria la motivación del acto denegatorio del nombramiento.*

«La “Asociación de Fiscales”, Asociación Profesional de miembros en activo de la Carrera Fiscal, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, por los trámites del procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del día 2 junio 1995, por el que se decidió no aceptar la propuesta del Fiscal General del Estado para nombrar al Ilmo. señor don Juan José B. de C. Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. La parte recurrente solicita en su escrito de demanda que se dicte sentencia declarando nulo de pleno derecho el acto impugnado, por haber vulnerado el derecho del señor B. a la promoción en la carrera Fiscal y, por tanto, infringido el artículo 23.2 de la Constitución, ya que dicho acto ha sido dictado no sólo sin fundamento alguno, sino por razones de discriminación personal, y pidiendo asimismo que se condene a la Administración demandada a que proceda a nombrar al señor B. Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, con efectos retroactivos al momento en que se dictó la resolución impugnada.

El señor Abogado del Estado, parte recurrida en el presente proceso, entiende que el recurso es inadmisibile, porque no se pide al Tribunal que examine las even-

tuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos legales en que el Consejo de Ministros hubiera podido incurrir al adoptar la decisión impugnada, sino que se solicita al órgano jurisdiccional que sustituya al Gobierno en la propia decisión y le imponga una determinada persona como Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, función que no corresponde a los órganos de la Jurisdicción, según lo establecido en los artículos 117.4 de la Constitución, 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley Jurisdiccional. No podemos aceptar la alegada causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, como no la hemos aceptado en la Sentencia dictada el día de ayer —10 enero 1997 (RJ 1997, 406)— en el Recurso núm. 554/1995 (a la que luego tendremos ocasión de aludir), porque, invocándose la desviación de poder como dato que acredita la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, en que la “Asociación de Fiscales” fundamenta el presente recurso, el Tribunal tiene facultad no sólo para anular el acto impugnado, sino para reconocer a favor de don Juan José B. de C., si fuese procedente, la situación jurídica individualizada que se postula (su nombramiento para el cargo cuestionado) y para adoptar cuantas medidas fueran necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, de acuerdo con lo prevenido en el apartado *b)* del artículo 84 de la Ley de la Jurisdicción. A ello se añade que, siendo el presente un proceso por vulneración de los derechos fundamentales, en el supuesto en que se aprecia que el acto impugnado ha incurrido en la referida vulneración, la Sala tendría no sólo que anular el acto sino también declarar y reconocer el derecho del interesado a que se le restableciese en el ejercicio del derecho constitucional vulnerado por la resolución recurrida. La causa de inadmisibilidad debe pues ser rechazada.

El señor Abogado del Estado opone a la admisibilidad del recurso una segunda excepción, consistente, a su juicio, en que al presentar la demanda no se han cumplido los requisitos formales exigidos para dicho escrito [artículo 82.g) de la Ley de la Jurisdicción], ya que no se hace expresión de la “súplica” como requisito de forma esencial en los escritos forenses, sino que se sustituye con la expresión “solicita” (o “solicitamos”). Esta objeción carece de un mínimo fundamento y obedece a un extremado formalismo procesal, que olvida que el cumplimiento de las formalidades procesales debe entenderse, en aplicación del principio *pro actione* que resulta del artículo 24 de la Constitución, del modo que mejor sirvan a la consecución de la finalidad del proceso, que no es otra sino que las partes obtengan una respuesta jurisdiccional a sus pretensiones de fondo. En el supuesto que enjuiciamos la pretensión que la “Asociación de Fiscales” articula en su escrito de demanda es perfectamente clara, por lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley de la Jurisdicción, lo que comporta rechazar esta segunda causa de inadmisibilidad del recurso.

La “Asociación de Fiscales” considera que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 infringe el artículo 23.2 de la Constitución, que consagra el derecho “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”, precepto que también protege el derecho al traslado y a la promoción dentro de la función pública, y que debe ponerse en relación con el artículo 103.3 de la Norma Fundamental, que establece que el acceso a la función pública se realizará de acuerdo “con los principios de mérito y capacidad”. Para fundamentar la conculcación del derecho fundamental invocado la parte recurrente mantiene: 1) Que el acto ha sido dictado sin motivación alguna, siendo esta motivación exigible según lo prevenido en el artículo 54.1, letras *a)*, *c)* y *f)*, de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), que exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, los que se separen del dictamen de órganos consultivos (se menciona al respecto al Consejo Fiscal) y los que se dicten en virtud de potestades discrecionales. 2) Que el acto ha incurrido en desviación de poder, concepto que estima presupuesto necesario de la infracción constitucional, recordando el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la

Constitución), e insistiendo en que la resolución impugnada se pronunció por razones de discriminación personal. Con ello la "Asociación de Fiscales" entiende demostrado que el acto combatido ha vulnerado el derecho del señor B. a la promoción en la función pública, por lo que, a su juicio, corresponde a la Administración la prueba de que la negativa al nombramiento está justificada. Pues bien, las cuestiones de la motivación de la resolución del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 junio 1995, del vicio de desviación de poder que al mismo se atribuye y de la posible inversión de la carga de la prueba, problemas que como la misma "Asociación de Fiscales" reconoce son más bien materia de legalidad ordinaria, han sido resueltas por la Sentencia de esta Sala de 10 enero 1997, dictada en el Recurso 554/1995, interpuesto también por la entidad recurrente contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 y tramitado por el procedimiento especial de personal, proceso en el que podrían examinarse cuantos temas de legalidad ordinaria plantease la parte. En el recurso que ahora hemos de decidir, promovido al amparo de la Ley 62/1978, debemos limitar la cognición a la existencia o inexistencia de la vulneración por el acto impugnado del artículo 23.2 en relación con el 103.3 de la Constitución. Sin embargo, como la "Asociación de Fiscales" conecta la justificación de tal vulneración a la falta de motivación de la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 y a la desviación de poder que le atribuye, de lo que deduce la inversión de la carga de la prueba, a continuación hemos de reiterar lo ya expuesto en la Sentencia aludida de 10 enero 1995 para resolver estas cuestiones.

El primer motivo por el que la "Asociación de Fiscales" mantiene que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 vulnera el artículo 23.2 de la Constitución es el de la falta de motivación de dicho acuerdo, vicio que, en su opinión, infringe el artículo 54.1, letras a), c) y f), de la LRJ-PAC. En el caso enjuiciado nos encontramos ante una resolución del Consejo de Ministros que no acepta la propuesta formulada por el Fiscal General del Estado para cubrir un cargo de libre designación, respecto del cual la ley le concede facultades discrecionales para verificar el nombramiento y, por tanto, para rechazar una propuesta al respecto, ya que no existen diferencias con alcance y efectos jurídicos entre los cargos denominados de libre designación y los de nombramiento discrecional. La potestad de libre designación del Consejo de Ministros respecto del cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional resulta del artículo 36.1, en relación con el 13, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Pues bien, el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales [letra f) del artículo 54.1 de la LRJ-PAC], consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza, que la autoridad facultada para la designación ha de tener (o no tener) en la persona designada (o cuya propuesta de designación se rechaza), relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. La ley, cuando delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejercite su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue, y que le ofrece una especial confianza para ello, circunstancias que lógicamente variarán según el momento en que se produzca el nombramiento y las personas que ejerzan la autoridad llamada a verificar tal nombramiento, que, en un sistema democrático, pueden pretender en momentos distintos de tiempo finalidades diferentes en razón de su ideología. De lo expuesto se deriva que, respetándose los elementos reglados en el nombramiento, la autoridad a que la ley confiere la facultad de libre designación para un cargo determinado pueda otorgar a una u otra persona su confianza para el desempeño del cargo, sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona. A ello se añade la consideración de

que la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado o no designado para un cargo no serían susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, que es el fundamento esencial del requisito de la motivación de los actos administrativos. La motivación de la resolución de no designar para un cargo de libre nombramiento a la persona propuesta (supuesto del presente litigio), que tendría que limitarse a una referencia a que las condiciones concurrentes en la persona rechazada no se estimaban suficientes por la autoridad competente para depositar en ella su confianza para el desempeño del cargo, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública, no se traduciría en una proposición con eficacia jurídica, no dejando de ser sino la simple expresión de la facultad discrecional que es el verdadero fundamento o motivación del acto administrativo.

El artículo 36 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya mencionado, prescribe que el cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional se proveerá por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado. Siendo pues un cargo de libre designación, o de designación discrecional del Gobierno, ya que no hallamos distinción entre uno y otro concepto, para el nombramiento a favor de determinada persona que reúna los requisitos legales oportunos, o para denegar el nombramiento a la persona propuesta por el Fiscal General del Estado, el Consejo de Ministros no tiene que invocar otra motivación que los preceptos legales que le conceden la facultad, que forma parte de la potestad organizatoria de la Administración, de verificar tal designación o de negarla con carácter discrecional. En el caso presente la denegación realizada lleva implícita la razón de que la persona propuesta no tenía la confianza del Consejo de Ministros en el momento en que se decidió sobre dicha propuesta, sin que entendamos necesario exigir como motivación una declaración puramente formal sobre tal circunstancia. Este criterio ya fue puesto de manifiesto por la Sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 mayo 1991 (RJ 1991, 4120) (anterior a la promulgación de la LRJ-PAC), que, aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, expresa que, tratándose de un acto discrecional, la exigencia de motivación va ínsita en el mismo acto y estima la Sala que es suficiente la referencia a “las atribuciones que le han sido conferidas a la autoridad que dispone del cese” para estimar cumplido el requisito de la motivación; añadiendo que “si el nombramiento no hubo que motivarlo precisamente porque era discrecional y fue suficiente la referencia a las normas que lo autorizaron”, lo mismo debe bastar para el cese. Entendemos que esta doctrina es aplicable después de la entrada en vigor de la LRJ-PAC, ya que, como hemos expresado, el nombramiento (o denegación de nombramiento) para un cargo de libre designación es una categoría singular de los actos discrecionales, en que la resolución administrativa, al invocar las normas que facultan para la libre designación, lleva implícita la motivación de que la persona designada (o rechazada) tiene (o no tiene) la confianza de la autoridad a quien la ley otorga la potestad para la libre provisión del cargo. En suma, hallándonos ante un nombramiento discrecional, la denegación del nombramiento a favor de determinada persona propuesta para el cargo no exige otra motivación —precisamente por su naturaleza discrecional, que implica el fundamento de la falta de confianza en la persona propuesta—, que la mención de las normas que autorizan al órgano autor del acto (el Consejo de Ministros) para ejercitar tales facultades, mención que se verifica en el acuerdo impugnado, con cita de los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que conduce a entender que dicho acuerdo se encuentra debidamente motivado a los efectos de los apartados a), c) y f) del artículo 54.1 de la LRJ-PAC. Por otra parte, la resolución recurrida no se aparta del dictamen de un órgano consultivo [apartado c) antes señalado], ya que la propuesta del Pleno del Consejo Fiscal, documentada en acta de la sesión del día 1 de febrero de 1995, no constituye realmente un informe razonado de los motivos que la fundamentan, limitándose a exponer la intervención de algunos Vocales que destacaron los méritos concurrentes en el solicitante (méritos que la Sala no pone en duda) y reflejando el resultado de la votación (en el que se abstuvieron tres Vocales), por lo que el Excmo. señor Fiscal General del Estado informó

al Pleno que haría la propuesta de nombramiento en favor de don Juan José B. de C., pero sin expresar las razones del Consejo en cuanto órgano consultivo, que justificaban la propuesta. Consideramos, por tanto, que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 se encuentra debidamente motivada, dada su naturaleza, por lo que el argumento de la falta de motivación no puede constituir base para entender vulnerado el artículo 23.2 de la Constitución.

La segunda razón por la que la parte actora defiende que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 infringe el artículo 23.2 de la Constitución consiste en atribuir a dicho acto el vicio de desviación de poder, entendiendo que corresponde a la Administración demandada la prueba de que la negativa al nombramiento del señor B. de C. está justificada. Ante todo debemos afirmar que no existe en el supuesto examinado alteración de la carga de la prueba, obligando a la Administración a demostrar que su resolución se ajusta a la finalidad de la norma que permite la discrecionalidad de la denegación del nombramiento postulado. La Administración, como ha quedado expuesto, ha motivado suficientemente su acuerdo. Si la parte recurrente pretende que prospere su alegación de desviación de poder, que equipara a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), lo primero que ha de verificar es señalar de una manera concreta cuál era el fin perseguido por el Consejo de Ministros, distinto del querido por la ley, para no designar al candidato propuesto para el cargo por el Fiscal General del Estado. Naturalmente que la resolución impugnada se adopta en atención a la persona del propuesto, ya que se trata de denegar un nombramiento para un determinado cargo de una persona perfectamente identificada, por lo que el acuerdo ha de formularse en directa relación con dicha persona. Sin embargo, la parte recurrente no absuelve la carga de alegar qué finalidad distinta a la querida por el ordenamiento jurídico ha perseguido la resolución del Gobierno, ni menos aún aporta una prueba, aunque sea meramente indiciaria, de que se ha pretendido con la denegación del nombramiento propuesto otra finalidad que la de no designar para el cargo a persona a quien el Consejo de Ministros no estimaba idónea para desempeñarlo, según las circunstancias del momento y atendida la cualidad de cargo de confianza para la autoridad que verifica el nombramiento que tienen los cargos de libre designación, por lo que el Consejo de Ministros ejercitaba legítimamente la potestad discrecional que le otorga la ley. Repitamos una vez más que las simples conjeturas, las interpretaciones capciosas o las afirmaciones sobre la motivación de un acto administrativo carentes de unos indicios que permitan deducir su veracidad, no pueden fundar un reconocimiento de que la Administración ha incurrido en el grave vicio de la desviación de poder. Estimamos en consecuencia que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 no incurre en desviación de poder, por lo que este argumento tampoco puede constituir elemento de juicio suficiente para decidir que aparece conculcado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos que establece el artículo 23.2 de la Constitución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 11 enero 1997.*)

2. Artículo 23.2 CE. El derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas no se proyecta con la misma intensidad cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo que en el caso del acceso. Enseñanza no universitaria. Concurso de traslado. Eliminación del criterio de desempate del orden alfabético de los concursantes establecido en el RD 1774/94, por el que se regulan los concursos, al no respetar la idea de mérito.

«El Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza del País Valenciano recurre el Real Decreto 1774/1994, de 5 agosto, por el que se regulan los concursos de trasla-

dos de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a los Cuerpos docentes que imparten las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, postulando en concreto que se anulen los "criterios de desempate" establecidos en los Anexos I y II de dicho Real Decreto.

En los mencionados Anexos se establecen las especificaciones a que deben ajustarse los baremos de prioridades en la adjudicación de destinos, por medio de concurso de ámbito nacional, respectivamente, en el Cuerpo de Maestros y en los restantes Cuerpos docentes que imparten las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica General del Sistema Educativo.

Ambos Anexos contienen unos "Criterios de desempate" de idéntico contenido y del siguiente tenor literal:

"En el caso de que se produjesen empates en el total de las puntuaciones, éstos se resolverán atendiendo, sucesivamente, a la mayor puntuación en cada uno de los apartados del baremo conforme al orden en el que aparezcan en el mismo. Si persistiera el empate se atenderá a la puntuación obtenida en los distintos subapartados por el orden igualmente en el que aparezcan en el baremo. De resultar necesario se utilizará, sucesivamente, como último criterio de desempate el orden alfabético del primer y, en su caso, segundo apellidos, teniendo en cuenta que deberá contarse para cada uno de ellos a partir de dos letras que serán determinadas cada vez que se convoquen concursos de ámbito nacional mediante sorteo realizado al efecto por la Dirección General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia".

Después de referirse, con cita del artículo 103.3 de la Constitución, de los artículos 19 y 20 y de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 agosto, así como de la disposición adicional novena de la Ley Orgánica General del Sistema Educativo, a los principios que rigen el acceso a la función pública y la provisión de plazas mediante concursos de traslados, destacando especialmente los de mérito y capacidad y de antigüedad, alega el Sindicato demandante que así como los dos primeros "criterios de desempate" que recogen los Anexos I y II del Real Decreto impugnado (mayor puntuación en cada uno de los apartados del baremo y, subsidiariamente, mayor puntuación en los distintos subapartados) se adecúan a dichos principios, el tercer criterio (orden alfabético de los apellidos extraído por sorteo) constituye "un parámetro totalmente aleatorio, no sólo alejado, sino incluso contrario a los indicados principios fundamentales", añadiendo, sin embargo, que aunque este criterio de aleatoriedad "puede, desgraciadamente, no ser totalmente excluible", al menos deben anteponerse al mismo otros criterios que, a juicio del actor, respetan aquellos principios, como son el de antigüedad como funcionario de carrera y el de prelación en el resultado del proceso selectivo correspondiente, "lo que no se ha verificado en el Real Decreto, conculcando con ello principios constitucionales, jurisprudencialmente desarrollados, que avalan la nulidad de este extremo de la norma recurrida".

El Abogado del Estado se opone a la demanda por entender que el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos y los principios de mérito y capacidad no se proyectan con la misma intensidad cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo, puesto que tales derechos y principios ya fueron respetados en el momento del acceso a la función pública; que ello no significa que pueda prescindirse absolutamente de tales derechos y principios, pero sí que pueden introducirse modulaciones atendiendo a criterios distintos de los expuestos, modulaciones que puede introducir no sólo el legislador, sino también la Administración, citando en este sentido la STC 192/1991, de 14 octubre (RTC 1991, 192); que el criterio de desempate que se impugna respeta el principio de igualdad en cuanto que se establece con carácter general y abstracto para todos los concursantes; que lo que realmente desea la parte actora es que antes de acudir al orden alfabético de los apellidos, se aplique el criterio de la antigüedad como funcionario de carrera, deseo que no puede servir de soporte a la estimación del recurso contencioso-administrativo al haberse realizado la reglamentación impugnada con arreglo a las facultades correspondientes a la Administración y conforme a los principios constitucionales y jurisprudencia sobre la

materia; y, finalmente, que la parte recurrente incurre en contradicción al pretender que se dejen sin efecto los criterios de desempate establecidos en los Anexos I y II del Real Decreto recurrido, cuando reconoce expresamente que los basados en la mayor puntuación en cada uno de los apartados y subapartados del baremo "se adecuan y respetan los principios básicos que deben informar los concursos".

Cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que es muestra la sentencia que cita el Abogado del Estado, viene poniendo de relieve el distinto rigor e intensidad con que opera el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE), según se trate del acceso a la función pública o, dentro ya de la misma, del desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, por lo que dicha doctrina jurisprudencial declara que puede la Administración legítimamente, dentro de los concursos para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya hayan accedido a la función pública y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, pero cuidándose el Tribunal Constitucional de advertir, como hace en la Sentencia 192/1991, de 14 octubre, que esos otros criterios han de ser establecidos "en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de los bienes constitucionales".

Pues bien, en el presente caso, con arreglo a la indicada doctrina jurisprudencial, efectivamente ninguna objeción cabría hacer al criterio de desempate cuestionado por no guardar relación con los principios de mérito y capacidad, como tampoco podría ser objetado desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad, como señala el Abogado del Estado, pero ello no es bastante para avalar la constitucionalidad de tal criterio, pues es obvio que el orden alfabético de apellidos, fijado por sorteo, según se establece en la norma reglamentaria impugnada, no puede decirse que encuentre justificación en ninguna de las finalidades a que se refiere la jurisprudencia constitucional, a lo que cabe añadir que tampoco se ajusta el criterio de aleatoriedad elegido a la idea de "mérito" que, a tenor de lo establecido en el artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984 y, en la disposición adicional novena de la Ley Orgánica General del Sistema Educativo, debe jugar en la resolución de los concursos para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, todo lo cual conduce a la estimación del recurso, si bien sólo en parte, pues, como hace notar el Abogado del Estado pese a que en la demanda se postula la nulidad de la totalidad de los "criterios de desempate", no sólo se limitan las alegaciones impugnatorias al consistente en el orden alfabético de los apellidos de los concursantes, sino que el demandante reconoce expresamente la conformidad a Derecho de los otros dos criterios.

Y en cuanto a las consideraciones que en la demanda se hacen acerca de la procedencia de que el Real Decreto recurrido incorpore como criterio de desempate la antigüedad, no encuentran reflejo tales consideraciones en la súplica de la demanda, en la que no se formula pretensión alguna en ese sentido, pretensión que, por otra parte, no podría tener favorable acogida, pues, según reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, no corresponde a la Sala acordar la forma en que han de quedar redactadas las disposiciones impugnadas, salvo en el caso a que se refiere el artículo 85 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 enero 1997.)

3. *Catálogo. Se le puede dar la significación funcional de relación de puestos de trabajo en tanto se ajusta a la normativa básica que en el ámbito de la Administración Local está constituida por el artículo 16 de la Ley 30/84.*

«Varios funcionarios de carrera de la Diputación Provincial de Sevilla impugnaron el Acuerdo de la misma, de 11 diciembre 1987, por el que se había aprobado la

plantilla, en cuanto en ella se especificaban como puestos a cubrir con personal eventual tres de Técnicos de Administración General y varios de Coordinadores de diversas áreas y Servicios.

La sentencia apelada, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 20.2 de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública; 28 de la Ley 6/1985, de Ordenamiento de la Función Pública de Andalucía, y 89 de la 7/1985, de Bases de Régimen Local, afirma que solamente pueden reservarse a personal eventual los puestos de trabajo caracterizados por ser de confianza o asesoramiento especial, por lo que partiendo de la base de que la Diputación había dicho que los tres Técnicos de Administración desempeñaban puestos de confianza, por estar sus funciones en estrecha relación con la Presidencia, preparando sus entrevistas con los Alcaldes y demás órganos institucionales, consideró que al tratarse de funciones ajenas a las que describe para los funcionarios de la Escala de Administración General, el artículo 169 del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, debía declararse en este punto la nulidad del acuerdo recurrido, extremo sobre el que no ha manifestado oposición la Administración demandada.

Distinta es, sin embargo, su posición procesal en cuanto al resto de los puestos de trabajo sobre los que versa el litigio: respecto a ellos, la sentencia impugnada admite la circunstancia, sustantiva, declarada por la Diputación, de que se trata de puestos en los que se desempeñan funciones directivas, pero a continuación señala que el fundamento normativo de su designación como personal eventual se encuentra en el artículo 176.3 del mencionado Texto Refundido, al disponer que podrán ser desempeñados por personal de aquella naturaleza determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con las normas que dictase el Estado para su confección, pero que no dictadas estas normas, no cabe equiparar el Catálogo General de Puestos de Trabajo de la Diputación a una Relación, por no cumplir aquél los requisitos que para las Relaciones prevé el artículo 16 de la Ley de la Función Pública.

Recientemente, en Sentencia de 13 noviembre 1995 (RJ 1995, 8625), hemos señalado que, al margen de la apariencia formal de la denominación utilizada, a un Catálogo se le puede dar el significado funcional de una relación de puestos de trabajo, en tanto se ajuste a la normativa básica reguladora de éstas, que en el ámbito de la Administración Local, al no haber sido promulgada la normativa básica prevista en el artículo 90.2 de la Ley 7/1985, está constituida por el artículo 16 de la Ley 30/1984, en el que se ordena que deberán incluir en todo caso la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño, siendo aquel dato —el de las características esenciales de los puestos de Coordinadores— el que fundamentalmente se echa en falta por los funcionarios demandantes.

Sin duda, es difícil perfilar con exactitud cuándo se puede dar por satisfecha la necesidad de que concurra este elemento, por lo que habrá que atender a las circunstancias de una casuística, en la que a veces la definición del puesto vendrá contenido en su propia denominación, mientras que otras será necesaria una descripción más amplia, que permita apreciar realmente el ámbito y nivel de cometidos que le corresponden.

En este caso, con respecto a los puestos de trabajo sobre los que se mantiene el litigio en esta segunda instancia, aun reconociendo la posibilidad de haber especificado con mayor amplitud las tareas a ellos encomendadas, sin embargo también es preciso valorar que, en realidad, definido desde el punto de vista material el sector o área al que se extienden sus funciones y limitadas éstas a las de coordinación, concurren los elementos mínimos suficientes para caracterizarlos esencialmente, por lo que procede que estimemos el recurso de apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 enero 1997.*)

4. *Concursos. Enseñanzas no universitarias. RD 1774/94. Nulidad del criterio del orden alfabético para resolver los empates.*

«El Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de Canarias impugna el Real Decreto 1774/1994, de 5 agosto, por el que se regulan los concursos de traslado de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a los Cuerpos Docentes que imparten las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, postulando que se anule el último criterio de desempate de los establecidos en el Anexo I, para la adjudicación de destinos en el Cuerpo de Maestros, en el que se dice que “de resultar necesario se utilizará, sucesivamente, como último criterio de desempate el orden alfabético del primer y, en su caso, segundo apellidos, teniendo en cuenta que deberá contarse para cada uno de ellos a partir de dos letras que serán determinadas cada vez que se convoquen concursos de ámbito nacional mediante sorteo realizado al efecto por la Dirección General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia”.

En Sentencia de 28 enero 1996, referente en parte a idéntico precepto, hemos argumentado la razón por la que debe ser anulado, señalando que si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional viene poniendo de relieve el distinto rigor e intensidad con que opera el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE), según se trate del acceso a la función pública o, dentro ya de la misma, del desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, por lo que dicha doctrina jurisprudencial declara que puede la Administración legítimamente, dentro de los concursos para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya hayan accedido a la función pública y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, pero cuidándose el Tribunal Constitucional de advertir, como hace en la Sentencia 192/1991, de 14 octubre (RTC 1991, 192), que esos otros criterios han de ser establecidos “en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de los bienes constitucionales”.

Pues bien, en el presente caso, con arreglo a la indicada doctrina jurisprudencial, efectivamente ninguna objeción cabría hacer al criterio de desempate cuestionado por no guardar relación con los principios de mérito y capacidad, pero ello no es bastante para avalar la constitucionalidad de tal criterio, pues es obvio que el orden alfabético de apellidos, fijado por sorteo, según se establece en la norma reglamentaria impugnada, no puede decirse que encuentre justificación en ninguna de las finalidades a que se refiere la jurisprudencia constitucional, a lo que cabe añadir que tampoco se ajusta el criterio de aleatoriedad elegido a la idea de “mérito” que, a tenor de lo establecido en el artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984 y, en la disposición adicional novena de la LOGSE, debe jugar en la resolución de los concursos para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, todo lo cual conduce a la estimación del recurso, en cuanto a este extremo.

No cabe, sin embargo, que ordenemos baremar los supuestos de empate conforme al criterio de la puntuación obtenida en los oportunos procesos selectivos para el acceso al Cuerpo, con todos los efectos favorables que dimanen de tal declaración al colectivo afectado, pues como hemos recordado en la mencionada sentencia, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que no corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo acordar la forma en que han de quedar redactadas las disposiciones reglamentarias, salvo el caso a que alude el artículo 85 de la Ley de la Jurisdicción (Sentencias de 17 mayo 1993 [RJ 1993, 3892] y 17 mayo 1996 [RJ 1996, 4597]).» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 31 enero 1997.)

5. *Ascensos. Fuerzas Armadas. Reserva Activa. Normativa aplicable.*

«La Abogacía del Estado, en representación que ostenta de la Administración General, interpone este recurso de casación, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 11 junio 1993, Recurso núm. 227/1990, que estimando el recurso promovido por don Manuel P. L., anuló los actos de la Administración Militar que denegaron la reclamación por aquél formulada, de que le fuera reconocido el derecho al ascenso al empleo de comandante de infantería de la Escala Auxiliar, en reserva activa; reconociendo la sentencia el derecho reclamado a todos los efectos, incluso los económicos. La Sala de instancia fundó su decisión en la inaplicación de la Orden del Ministerio de Defensa 101/1982, en que la Administración había basado la denegación de ascenso, al considerar que la norma en cuestión, con la fijación del requisito de edad de retiro en los 60 años, había transgredido los límites de las leyes a desarrollar —Ley 20/1981, de 6 julio, en relación con la Ley 30/1984—, que señalaban el retiro a los 65 años.

El recurso de casación aparece promovido por la Abogacía del Estado, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por entender que la sentencia impugnada, ha infringido el ordenamiento jurídico, al no haber aplicado la Orden Ministerial antes aludida 101/1982.

Para dilucidar el problema planteado hay que tener en cuenta que la Ley 20/1982, de 6 julio, creó la situación de reserva activa, a la que el personal militar de carrera puede acceder por diversas causas, entre ellas por cumplir ciertas edades y en la que se permanece hasta la edad de retiro forzoso. Para esta situación de retiro se fijó una edad de acuerdo con los parámetros legales aplicables a los funcionarios civiles de la Administración, que en aquellas fechas estaban contenidas en el Texto Articulado 7 febrero 1964, y después en la Ley 30/1984, de 30 agosto —arts. 1.º, 4.º y 8.º de la Ley 20/1981—. Asimismo, para atender a las nuevas situaciones que se creaban con la implantación del nuevo sistema de retiro y reserva activa, la Ley 20/1981, estableció en su Disposición Transitoria 2.ª, que... “1. Quienes en el momento de entrar en vigor esta Ley tuvieren reconocido derecho a obtener un ascenso en el grupo de destino de Arma o Cuerpo... podrán obtenerlo en cualquiera de dichos Grupos o Escalas, o en la reserva activa, en las condiciones que se determinen en las normas de desarrollo de esta Ley. 2. Esta posibilidad de ascenso en la reserva activa se aplicará también en las mismas condiciones al actual personal profesional de las Fuerzas Armadas, en el que la edad que se cita para pase a la reserva activa, sea inferior a la que tenía para el pase a la situación de retirado”.

En desarrollo de esa Ley, y para fijar reglamentariamente las condiciones para el ascenso a que se alude en la citada Disposición Transitoria, la Orden del Ministerio de Defensa 101/1982, estableció como requisitos, por lo que ahora interesa, el de no haber cumplido la edad en que, con arreglo a la legislación anterior, hubiera pasado a retirado.

Fue este requisito de la edad, determinante de la inicial denegación de la Administración, por haber entendido ésta que se incumplía por el señor P. a efectos de su solicitud, y el que fundó la inaplicación de la OM 101/1982, por el Tribunal Superior, al haber estimado la sentencia impugnada que tal previsión reglamentaria, que, en definitiva ponía el retiro en la edad de 60 años, de acuerdo con la anterior normativa, contravenía la regulación legal de la edad de retiro forzoso, al reducir la de 65 años, que resultaba de la Ley 30/1984, en relación con el artículo 3 de la Ley 20/1981, que entendía debía regir para todas las situaciones militares incluida la de reserva activa.

Partiendo de lo expuesto, la pretensión casacional del representante estatal debe prosperar, pues no resultan adecuadas las consideraciones de la sentencia impugnada, por cuanto que no existe contradicción entre el contenido de la Orden y las normas legales que desarrolla, dado que no puede decirse que la norma reglamentaria

en cuestión haya reducido la edad de retiro forzoso del inicial demandante, visto que la finalidad de la regulación que establecía esa disposición reglamentaria no se dirigía a modificar las edades de retiro forzoso, sino simplemente a determinar los condicionantes precisos para que se pudiera dar efectividad a la excepcional posibilidad de ascenso que se otorgaba a quienes pasaran a la situación de reserva activa, conforme a la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 20/1981. Tampoco, podía entenderse que hubiera contradicción al régimen legal de los ascensos, por la circunstancia de que en la Orden 101/1982, se subordinara esa posibilidad de ascenso al requisito de que, cuando se cumplieran los demás condicionamientos, no se hubiera sobrepasado la edad fijada para el retiro según la anterior legislación, ya que del tenor literal de la Disposición Transitoria 2.ª, punto 1, de la tan nombrada Ley 20/1981, en que se dice "quienes en el momento de la entrada en vigor tengan reconocido derecho a obtener un ascenso", se desprende, que ese excepcional derecho al ascenso queda congelado, a nivel temporal de regulación, según el régimen jurídico existente en el momento de la entrada en vigor de dicha Ley, siendo así que están de acuerdo las partes que en ese anterior régimen, la edad de retiro de los del empleo del actor era la de 60 años, ya alcanzada por el señor P., en el momento en que se dieron las circunstancias para su ascenso a comandante.

Es decir, y, en definitiva, no se violenta, con la interpretación que propugna la Abogacía del Estado, ningún derecho adquirido del inicial actor, pues en la situación anterior a la Ley 20/1981, dicho interesado no hubiera podido ascender con arreglo a esa normativa, pues al darse las demás condiciones legales entonces previstas para el ascenso no hubiera podido cumplir la de no estar retirado, por estar fijado en esa normativa en los 60 años, que es la edad a que se refiere la OM 101/1982, al desarrollar la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 20/1981.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 febrero 1997.*)

IV. DERECHOS

1. *Seguridad Social. Funcionarios Administración Local. Legalidad del RD 480/1993 de integración en el Régimen General de la Seguridad Social.*

«Los recurrentes interponen recurso contencioso-administrativo, en única instancia, ante esta Sala, para impugnar el Real Decreto 480/1993, de 2 abril, por el que se integra en el régimen general de la Seguridad Social, el régimen especial de los funcionarios de la Administración local, centrando el motivo de su impugnación en la no contemplación, en dicho Real Decreto, de la prestación denominada "capital seguro de vida", prevista en los estatutos de la MUNPAL pero no contemplada en el Régimen General de la Seguridad Social, en el entendimiento de que se ha producido una vulneración de derechos adquiridos. En apoyo de su pretensión, alegan los actores que la disposición impugnada es nula por infringir los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica.

Sobre pretensiones similares a la formulada en el presente recurso se ha pronunciado esta Sala en diferentes Sentencias, como las de 29 septiembre y 15 diciembre 1995 (RJ 1995, 6816 y 9799), 26 junio y 18 diciembre 1996 (RJ 1996, 5354 y 9754), declarando la plena legalidad y conformidad a Derecho del Real Decreto 480/1993. Por ello, debemos remitirnos a los razonamientos contenidos en dichas sentencias —y singularmente a la citada en último lugar— en las que se puntualiza que la disposición impugnada no infringe los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, y se señala que no hay base para sostener que la supresión de la MUNPAL deba necesariamente llevar aparejada la asunción, por la Tesorería General de la Seguridad Social, de la prestación referida al rescate del "capital seguro-vida", ya que tal prestación no constituye un derecho consolidado sino una expectativa de dere-

cho derivada de un determinado régimen jurídico, que desaparece al modificarse dicho régimen y que no puede constituir límite alguno a las facultades de modificación del legislador.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 enero 1997*).

2. *Interino. La temporalidad es característica esencial. Pese a que al estimarse parcialmente un recurso administrativo se reconoció al funcionario su derecho a la reincorporación, no cabe pretender la subsistencia de tal derecho cuando se han dejado transcurrir más de tres años sin ejercitarlo.*

«Por Acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Regional de Salud de la Comunidad de Madrid de 28 octubre 1985 se resolvió cesar a doña María del Pilar O. G., funcionaria de empleo interina, como Médico Titular de la localidad de Aranjuez, por incompatibilidad en el desempeño de dos puestos de trabajo en el sector público. Interpuesto por la interesada recurso de alzada, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid dictó Resolución el 3 julio 1986 por la que estimó en parte dicho recurso, declarando la invalidez del Acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Regional de Salud de 28 octubre 1985, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a ser pronunciado el mencionado acuerdo, que se estimó incurrría en vicio de incompetencia, por corresponder la materia a la Dirección General para la Administración Autonómica. El 1 de febrero de 1990 doña María del Pilar O. G. presentó escrito ante la Dirección del Servicio Regional de Salud manteniendo que, dado el tiempo transcurrido desde el Acuerdo 3 julio 1986, estimaba que han caducado las actuaciones que dieron lugar a dicho acuerdo, por lo que solicitaba se le pagasen las retribuciones correspondientes a los años 1986 a 1989 y los meses corrientes de 1990 y sucesivos, sin perjuicio de adjudicarle plaza como médico al servicio de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Comunidad de Madrid. No recibiendo contestación a su petición, doña María del Pilar O. G. dedujo recurso de alzada contra la desestimación presunta de la indicada solicitud, que fue desestimado por Resolución de la Consejería de Salud de 2 septiembre 1991. La señora O. G. promovió recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, que fue asimismo desestimado por Sentencia dictada el 21 enero 1994 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia frente a la cual la citada señora ha interpuesto el presente recurso de casación.

El primer motivo del recurso de casación, formulado al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, estima que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 35.1 de la Constitución, que establece el derecho y el deber de los españoles al trabajo, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente, razonando que en virtud de dicho precepto la recurrente sigue siendo funcionaria, como médico del Servicio Regional de Salud de la Comunidad de Madrid, por estar anulado el expediente de incompatibilidad y que, en virtud de ello, tiene derecho a una plaza de médico y a las correspondientes retribuciones desde la nulidad de aquel expediente. El motivo no puede prosperar porque el derecho al trabajo que de manera general proclama el artículo 35.1 de la Constitución no concede a un funcionario de carácter interino el derecho a ser repuesto en su cargo, cuando, como en el caso presente, ha dejado transcurrir más de tres años y medio desde la resolución que le facultaba para solicitar su incorporación a su puesto de trabajo (de 3 de julio de 1986) y el momento en que solicita la señalada incorporación (1 de febrero de 1990). La característica esencial de todo nombramiento de funcionario con carácter interino es la temporalidad de su puesto de trabajo, ya que su relación de servicio se extingue preceptivamente cuando desaparezca la urgencia o necesidad que determinó el nombramiento y, en todo caso, cuando la plaza sea cubierta por el correspondiente funcionario (art. 87.3 de la Ley 1/1986, de 10 abril, reguladora de la Función Pública en la Comunidad de Madrid). En el supuesto que enjuicia-

mos doña María del Pilar O. G., funcionaria de carácter interino, ha dejado transcurrir más de tres años y medio desde que se produjo la Resolución de 3 julio 1986 sin solicitar su incorporación a su puesto de trabajo, para el que estaba nombrada con carácter interino, dando lugar a que hayan desaparecido las razones de urgencia y necesidad que justificaron su nombramiento y a que su plaza haya sido ocupada por funcionario de carrera, como se expresa en el Acuerdo de la Consejería de Salud de 2 septiembre 1991 (considerandos cuarto y séptimo). Doña María del Pilar O. G. tenía la carga de incorporarse a su puesto de trabajo, o, al menos, de solicitar su incorporación, si quería mantener su derecho a ocupar dicho puesto de trabajo de carácter interino, esto es, eminentemente temporal, y ello debió hacerlo en un plazo razonable a partir de la Resolución de 3 julio 1986, que la colocaba en una situación jurídica que, anulando su cese, la capacitaba para el desempeño de su cargo, aunque éste tuviese carácter interino. La conducta de doña María del Pilar O. G., que no se incorporó ni reclamó su incorporación a un puesto de trabajo de naturaleza temporal, determina que el derecho al trabajo que genéricamente establece el artículo 35.1 de la Constitución, única norma que la recurrente invoca en su favor, no pueda tener el alcance de reponerla en el desempeño de ese puesto de trabajo de carácter interino, cuando en un período de tiempo de tres años y medio no ha asumido la carga que sobre ella pesaba de incorporarse a dicho puesto de trabajo o, al menos, reclamar a la Administración de la Comunidad de Madrid su incorporación, dentro de un plazo razonable a partir de la Resolución de 3 julio 1986, resultando la plaza ocupada por funcionario de carrera. Menos aún puede mantenerse que el derecho al trabajo que consagra el artículo 35.1 de la Norma Fundamental pueda amparar la reclamación de pago de unos servicios que no han sido prestados por causa que debemos imputar a la inactividad de doña María del Pilar O. G. Lo expuesto conduce a la desestimación del presente motivo de casación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 abril 1997.*)

3. *Legalidad del RD 359/1989 sobre devengos militares.*

«Las cuestiones planteadas por el recurrente han sido ya resueltas por esta Sala en reiteradas ocasiones, pudiéndose citar, a título de ejemplo, las Sentencias de 5 y 30 marzo, 15 octubre y 16 noviembre 1992 (RJ 1992, 1986, 2114, 8475 y 9166) y 1 febrero y 24 mayo 1993 (RJ 1993, 832 y 3975), cuya doctrina debe seguirse en el análisis y resolución del presente litigio.

Se alega por el actor como primer fundamento de su demanda, que la Disposición Final 4.ª del Decreto 359/1989, al establecer la absorción de los complementos personales y transitorios militares por las nuevas retribuciones, infringe la Disposición Final 2.ª de la Ley 37/1988, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales para 1989, que actuaba como norma legal habilitante, ya que ésta previene que la adecuación del sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, ha de hacerse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 29 de la propia Ley de Presupuestos para 1989, que respetan los complementos personales y transitorios de las Fuerzas Armadas, a diferencia de lo que sucede con los percibidos por funcionarios civiles del Estado, que según el artículo 27.1.g) de la Ley de Presupuestos para 1989 han de ser absorbidos por cualquier mejora retributiva que se produzca durante 1989.

No puede prosperar esa alegación pues la absorción que establece la Disposición recurrida es plenamente coherente con lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, de Presupuesto para 1985, que integra el grupo normativo que regula las retribuciones de los funcionarios civiles del Estado, a los que han de equipararse los de las Fuerzas Armadas, y según el cual "el suelo, trienios, pagas ex-

traordinarias, complemento de destino y específico establecidos en la presente Ley absorberán la totalidad de las remuneraciones correspondientes al régimen retributivo vigente en 1984, incluidos los complementos personales y transitorios reconocidos al amparo de los regímenes retributivos anteriores al que se establece en la Ley 30/1984, de 2 agosto". Por consiguiente, al establecer el Decreto 359/1989 el nuevo sistema retributivo para las Fuerzas Armadas adecuándolo al de los funcionarios civiles del Estado, los nuevos conceptos retributivos han de absorber igualmente la totalidad de las remuneraciones que integraban el sistema anterior militar, incluidos por tanto los complementos personales y transitorios discutidos, ya se tomen como retribuciones específicas de las Fuerzas Armadas, o incluso si por efecto del Decreto 1274/1984, se estiman equiparados a los demás complementos personales y transitorios a que alude el precepto citado de la Ley 50/1984.

También se aduce por el actor que la nulidad deriva de que la absorción decretada por la Disposición impugnada, se opone al mandato de la norma habilitante de respetar las peculiaridades de las Fuerzas Armadas, al hacer la equiparación retributiva. Pero tampoco es estimable esa alegación, pues los conceptos agrupados en la expresión "complemento personal y transitorio a extinguir", del Decreto 1274/1984, premio por particular preparación, gratificaciones por pérdida de aptitudes de vuelo o paracaidismo y por tiempo de permanencia en unidades y servicios de submarinos, buceadores, bazos y vuelo, complemento por especial preparación técnica, incremento de sueldo por razón de destino, y gratificaciones por servicios ordinarios de carácter especial, en contra de lo que se afirma en la demanda, no se refieren en abstracto a la carrera o profesión militar, como una peculiaridad de la misma, que en aplicación de la Disposición Final 2.ª de la Ley 37/1988 hubiera que mantener, sino que las más de las veces vienen a coincidir con los nuevos complementos específico singular y la dedicación especial, atribuidos al desempeño de ciertos puestos de trabajo, y con la gratificación por servicios extraordinarios, según puede deducirse de la significación de aquéllos, y tal como ya hizo notar el mencionado Decreto 1274/1984, que en la Disposición Transitoria 2.ª.3, llegó a disponer que la percepción del complemento de peligrosidad o penosidad (que entonces se establecía), cuando se tenga derecho al mismo a consecuencia de estar ocupando alguno de los destinos que enumeraba, será incompatible, cuando sean coincidentes, con la parte correspondiente del complemento personal y transitorio referente a "gratificaciones por servicios ordinarios de carácter especial, complemento de destino por especial preparación técnica, gratificaciones por tiempo de permanencia, en unidades de submarinos, etc.", incremento del complemento de sueldo por razón de destino. Y porque, desde otro punto de vista, el mantenimiento de esas formas retributivas singulares, anteriormente atribuidas a las Fuerzas Armadas, infringiría el mandato igualitario y equiparador también impuesto por la Disposición Final 2.ª de la Ley 37/1988, supuestamente infringidas.

Igual suerte desestimatoria debe seguir la invocación de infracción del principio de igualdad ante la Ley, por la Disposición Final 4.ª del Decreto 359/1989, que a juicio del actor trata de homogeneizar retributivamente grupos militares heterogéneos (los que ganaron los méritos o reúnen las circunstancias que dan a lugar a los conceptos agrupados en el complemento personal discutido, y los que no los reúnen), cuya heterogeneidad deriva de los principios de mérito y capacidad del artículo 103 de la Constitución. La desestimación de esta alegación descansa en que la comparación, a efectos del principio constitucional de igualdad ante la Ley, debe establecerse, por imperativo de la Ley 37/1988, no entre los diversos grupos militares, sino en relación a los funcionarios civiles del Estado, y ello en aras de exigencias de justicia, simplificación y eficacia administrativa, que son principios también constitucionalmente protegidos —art. 103.1 CE—. Por consiguiente, la equiparación del Decreto 359/1989, que ha de partir de la utilización de los mismos o análogos conceptos retributivos a los de los funcionarios civiles, no puede vulnerar el principio de igualdad que el actor aduce, sino que, por el contrario, ese principio se quebrantaría si se reconociera a los militares unos conceptos retributivos que no guardaran semejanza con los de los funcionarios públicos.

Se afirma, asimismo en la demanda, que la supresión de los complementos personales y transitorios, supone el incumplimiento de una obligación contraída por la Administración en el momento de la superación de las pruebas que los determinaron. Mas tampoco es atendible esa alegación, que desconoce la potestad de variación que ostenta la Administración respecto del régimen jurídico de sus funcionarios, con tal de que, como ocurre en el caso de autos, respete el montante consolidado de la retribución anual de cada uno de los afectados —Disposición Transitoria 3.ª del Decreto 359/1989—.

Es igualmente inadmisibles la vulneración del principio de irretroactividad del artículo 9.º.3 de la Constitución, pues además de que el nuevo sistema retributivo se instaure para el futuro sin afectar a las retribuciones ya devengadas, la expresión “derechos individuales” a que se refiere la irretroactividad constitucional, como es sabido, hace referencia no a los derechos adquiridos, sino a los derechos fundamentales y las libertades públicas, de la Sección 1.ª, del Capítulo II del Título I de la Constitución, entre los que no se hallan los de carácter patrimonial invocados por el demandante.

En último término, no cabe hablar de arbitrariedad o de desviación de poder en el actuar de la Administración, al confeccionar la norma discutida. Lo primero, porque al ser el complemento personal y transitorio de los militares, uno más de los conceptos retributivos que debían desaparecer, al establecerse un nuevo sistema retributivo incompatible con el anterior, en cumplimiento del mandato de la Disposición Final 2.ª de la Ley 37/1988, no se requería la especial justificación en el expediente administrativo que reclama el actor, al tratarse de una automática aplicación de la Ley, por lo que el silencio de la Administración respecto de la supresión de ese complemento, no debe tomarse como motivado por carencia de razones válidas para tal supresión. Y en cuanto a la desviación de poder, porque el actor ni tan siquiera alega cuáles pudieran ser esos otros fines públicos perseguidos por la Administración, distintos de los que son propios de las potestades utilizadas al realizar la regulación reglamentaria discutida.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 marzo 1997.)

4. *Administración Local. Derechos adquiridos. Seguridad Social. No pueden confundirse con las meras expectativas. Integración en el Régimen General efectuada por RD 480/1993. Legalidad.*

«Es objeto del presente recurso la impugnación del RD 480/1993 por parte de 26 funcionarios del Ayuntamiento de Sevilla.

El suplico de la demanda, en el que queda definida con absoluta precisión la pretensión actora, reclama que se “dicte sentencia por la que se declaren subsistentes los derechos reconocidos, que supongan condiciones más beneficiosas, por la normativa anterior al decreto recurrido, entre ellos el capital seguro de vida; así como la derogación implícita de la normativa que regula como preceptiva la edad de jubilación de los funcionarios de administración local”.

Basta la lectura de tal suplico, para justificar, sin necesidad de más extensos argumentos, la necesaria desestimación del recurso, como advierte en el inicio de su contestación el Abogado del Estado, pues la pretensión que en él se recoge no se adecua a las que, según lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de nuestra Ley Jurisdiccional, pueden formularse en el proceso contencioso-administrativo.

No se pretende en ningún momento la anulación del Real Decreto recurrido, sino que lo que se reclama es que, pese a su subsistencia (la parte recurrente manifiesta incluso en el fundamento de derecho II de su demanda el reconocimiento de la irreversibilidad del Real Decreto, lo que es tanto como la renuncia a toda pretensión anulatoria, ineludible como objeto de un recurso contencioso-administrativo),

hagamos una declaración de subsistencia de derechos adquiridos, que, con el carácter generalizado con que se formula, en modo alguno puede encontrar encaje en el artículo 42 de nuestra Ley Procesal, y menos sin la previa pretensión anulatoria del Real Decreto de los del artículo 41, y otra de derogación de normas, que no tiene acomodo posible en los preceptos procesales precitados.

A mayor abundamiento, en cuanto a la pretendida declaración de subsistencia de "los derechos reconocidos, que supongan condiciones más beneficiosas, por la normativa anterior al decreto recurrido, entre ellos el capital seguro de vida", la hipotética admisión de una declaración de tal tipo supondría tanto como negar la virtualidad reformadora del Real Decreto y un bloqueo real de la normativa precedente en lo que era más favorable a los recurrentes, pretensión que no tiene asidero posible en ninguna norma.

La potestad reglamentaria del Gobierno no viene limitada, como parece dar por supuesto la tesis actora, al respeto de normativas más beneficiosas, lo que supondría la petrificación del ordenamiento jurídico, sino al respeto de la legalidad de rango superior, de la que en el caso actual no se alega violación alguna.

No es jurídicamente correcto hablar de derechos reconocidos, con referencia a la norma de su posible reconocimiento, pues tales derechos, como derivados de la misma, sólo serán auténticamente reconocidos, cuando se hayan dado todos los elementos de los que, conforme a dicha norma, depende su nacimiento, no pudiéndose confundir las simples expectativas, concebidas en contemplación de una norma mientras ésta está vigente, con los auténticos derechos adquiridos.

La modificación de la norma incide en el complejo de expectativas ligadas a ella, sin que ese fenómeno inevitable pueda constituir límite para el cambio de la norma y para la plena rectoría de la reforma respecto de las situaciones futuras, so pena de negar la posibilidad de cambios normativos, hipótesis que es de por sí jurídicamente implanteable.

La pretensión de permanencia del capital seguro de vida se ha planteado en reiteradas ocasiones ante esta Sala en precedentes recursos contra el mismo Real Decreto (Rec. 480/1993, decidido por Sentencia desestimatoria de 9 diciembre pasado [RJ 1996, 9070] y Rec. 461/1993, resuelto por sentencia igualmente desestimatoria de 18 diciembre [RJ 1996, 9754]), y ello incluso cuando los recurrentes eran ya pensionistas, en el que era mayor la proximidad a la adquisición del derecho, habiéndose negado siempre en nuestras sentencias que se tratase de un auténtico derecho adquirido.

Finalmente, en cuanto a la pretendida declaración de "derogación implícita de la normativa que regula como preceptiva la edad de jubilación de los funcionarios de administración local", aparte de que tal declaración no sea factible como contenido del fallo de un recurso contencioso-administrativo, según lo dispuesto en los artículos 81 y 84 de nuestra Ley Jurisdiccional, en ningún caso una norma reglamentaria, como es la recurrida, puede producir el pretendido efecto derogatorio sobre una norma de rango legal, como es el artículo 139.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, lo que evidencia el error de la tesis actora.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 marzo 1997.*)

5. Retribuciones. Administración Local. Complemento específico. Cómputo de la situación de incompatibilidad. Admisión de casación por impugnarse indirectamente la validez del catálogo con base en el artículo 93.3 LJ. Necesidad de atenerse exclusivamente a esta cuestión.

«Los demandantes en el proceso interponen el presente recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia de Castilla y León, Sala de Burgos, de 7 julio 1993, que desestimó su recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra el acuerdo presunto del Excmo. Ayuntamiento de Avila, denegatorio por silencio de la petición deducida por aquéllos sobre cómputo de la condición de incompatibilidad que concurre en el puesto de trabajo de don Jesús F. G., a efectos de fijar la retribución complementaria por complemento específico, y de clasificación de don Alfredo D. G. en el Grupo B.

El acceso a la casación en este caso, atendida la obvia caracterización del objeto del proceso como cuestión de personal, se justifica por la inclusión del mismo en el apartado 3 del artículo 93 de la Ley Jurisdiccional, en cuanto que, se dice, existe una impugnación indirecta del catálogo de puestos de trabajo del Ayuntamiento, al que la jurisprudencia de esta Sala viene reconociendo eficacia normativa.

Aceptado sobre esa base el acceso a la casación, la consecuencia inmediata es que el límite de ésta debe fijarse en el análisis de la validez del catálogo, siendo éste el objeto de la pretensión impugnatoria del recurrente, sin que podamos entrar en otros planteamientos que, al margen del indicado, sí sitúan en el plano de la aplicación de la legalidad a la situación de los recurrentes.

Conviene observar que en este caso se ha producido una acumulación a un mismo proceso de dos acciones de dos recurrentes distintos en impugnación de un acto presunto que es, a su vez, consecuencia de una acumulación indebida en el procedimiento administrativo previo de dos peticiones distintas afectantes a situaciones personales asimismo diferenciadas, lo que implica la total separación del contenido del recurso en lo relativo a cada uno de los dos recurrentes.

Los motivos del recurso son dos, ambos bajo la cobertura procesal del artículo 95.1.4.º de la Ley Jurisdiccional, y cada uno de ellos atinente a la situación personal diferenciada de cada uno de los recurrentes, que examinaremos por su mismo orden de proposición.

El motivo primero, atinente a la situación jurídica del demandante don Jesús F. G., alega la infracción del artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, por no aplicación o en su caso interpretación errónea, vulnerando por trato discriminatorio el artículo 14 de la Constitución.

El motivo es en realidad reiteración de las alegaciones de la demanda, y consiste, en síntesis, en entender que si en los factores del complemento específico del puesto del recurrente entra la incompatibilidad, además de otros dos factores comunes con los de otro puesto que ocupa otro compañero Aparejador (dificultad técnica y responsabilidad), su complemento específico debía ser superior, para retribuir el factor de incompatibilidad, siendo, en su criterio, contrario a los preceptos referidos, que los puestos comparados tengan el mismo complemento, cuando uno de ellos no tiene incompatibilidad.

Conviene observar que en el motivo lo fundamental es la comparación de situaciones personales más que el análisis real del contenido de los puestos, que no puede reducirse a la simple consideración de que los dos puestos lo son de Aparejador.

Desde el momento en que, como se hizo constar al principio, es sólo el contenido de impugnación indirecta el que es accesible a la casación, las comparaciones personales están fuera de lugar, debiendo ser el análisis del contenido de los puestos lo único planteable, y no cabe reducir ese análisis a la sola referencia a los factores computables para el complemento específico, prescindiendo del peso relativo de cada uno de esos factores en el contenido del puesto.

El planteamiento de que por qué en un puesto el complemento específico parte de la consideración de tres factores, y en el otro de dos, el complemento específico del primero debe ser superior, no es compartible en línea de principio, pues nada impide que la carga de cada uno de los factores del puesto en el que sólo se consideran dos pueda ser superior, y compense la del puesto en el que son tres los factores a considerar.

El artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984 no impone que cada uno de los factores a que se refiera deba tener una repercusión individualizadamente cuantificable en la

valoración final del complemento específico, como el recurrente da por sentado, admitiendo una valoración conjunta, que puede explicar que sobre la base de factores no coincidentes, dos puestos tengan un mismo complemento específico; por ello no estimamos contraria a ese precepto la valoración de los complementos específicos de los dos puestos que el actor compara, ni por tanto contraria a ese precepto la concreta asignación de complemento específico a su puesto.

Por otra parte, la referencia al artículo 14 CE no la estimamos adecuada, pues es reiterada la jurisprudencia según la cual tal precepto no impide el tratamiento igual de situaciones distintas, ni impone el tratamiento diferenciado de esas situaciones, que es, en realidad, lo que el recurrente pretende, cuando, tomando como referencia otro puesto distinto del suyo, reclama que el complemento que él tiene asignado debe ser superior.

Conviene, finalmente, salir al paso de su criterio comparatista de que mientras que el titular del puesto de trabajo en el que se considera la incompatibilidad como factor del complemento específico, es compatible para el ejercicio privado de su profesión, en su caso, al incluirse ese factor en su complemento específico, se ve privado de la posibilidad de ese ejercicio.

Contradice ese planteamiento lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley 53/1984, según el cual "no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna para el personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable, y al retribuido por arancel".

Independientemente de que se incluya en la ponderación del complemento específico el factor de incompatibilidad, resulta ésta en todo caso de la sola asignación del complemento específico; por lo que la comparación que establece carece de base legal. Y si a pesar de ella se hubiera reconocido la compatibilidad para el ejercicio de la profesión al titular del puesto que toma como elemento de comparación, al ser esa situación contraria al citado artículo 16.1 de la Ley 53/1984, no sería, por ilegal, *tertium comparationes* admisible.

Se impone, pues, la desestimación del motivo.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 febrero 1997.)

6. Seguridad Social. Administración local. Legalidad del RD 480/1993.

«1. La Disposición Transitoria Tercera de la Ley 31/1991, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/1992, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, autorizaron al Gobierno para que procediera a la integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, en el Régimen General de la Seguridad Social, en las condiciones, términos y plazos que reglamentariamente se determinen.

2. Dichos preceptos legales, constituyen, como reconoce la parte demandante, la normativa habilitante del Real Decreto 480/1993, de 2 abril.

La parte actora impugna dicho Real Decreto por entender que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 31/1991, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, puede ser contraria a la Constitución Española de 1978. Este alegato de la demandante, debe ser desestimado por las siguientes consideraciones:

1.ª) La parte actora, al interponer el presente recurso contencioso-administrativo, delimitó de manera clara el *objeto del proceso*, al precisar que el recurso contencioso-administrativo se interponía contra el Real Decreto 480/1993, de 2 abril, por el que integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de Administración Local.

2.º) Determinado el objeto del proceso, la demandante, en primer lugar, fundamenta su pretensión alegando la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 31/1991, de 30 diciembre, citada. Este alegato debe ser desestimado porque examinados los argumentos de la parte recurrente, la Sala tras la correspondiente deliberación no aprecia el vicio de inconstitucionalidad que se alega; además, las Leyes Presupuestarias, sí pueden dar cobertura legal a la norma reglamentaria que regula la materia objeto del presente proceso.

Como fundamento de la petición de que se declare la nulidad del Real Decreto impugnado, la parte actora invoca el artículo 95 de la Ley 39/1992, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993. Alega la recurrente que, a su juicio, el Real Decreto impugnado no respeta ninguno de los condicionantes de dicho precepto legal. No es ello así. El citado precepto legal, aparece desarrollado por el Real Decreto 480/1993, en el que se establecen los términos y efectos jurídicos de la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal pasivo y activo que venía recibiendo la acción protectora de la Seguridad Social a través de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local. Es de consignar que el Real Decreto impugnado que desarrolla el artículo 95 de la Ley 39/1992, respeta, en todo caso, los fines de dicha Mutualidad: así se desprende de una recta interpretación de todo el articulado de dicho Real Decreto.

Alega la recurrente que el Real Decreto impugnado, no tiene en cuenta la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. No procede estimar este alegato por las siguientes consideraciones:

*La Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, deroga expresamente la Ley 11/1960, por la que se creó y reguló la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local —Disposición Derogatoria, letra d)—. Pero en la Disposición Adicional del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, se dio nueva redacción a la Ley 11/1960, para garantizar las distintas prestaciones procedentes en Derecho a favor de los miembros de dicha Mutualidad; y dentro de lo garantizado, está la prestación complementaria *capital seguro de vida* (art. 8 de la Disposición Adicional del Real Decreto Legislativo 781/1986). Queda así completado lo preceptuado en la Disposición Final Segunda de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.*

Finalmente, la parte actora, expresa que, a su juicio, el Real Decreto impugnado vulnera los principios de legalidad y de jerarquía normativa, así como el de irretroactividad y lo dispuesto en el artículo 33 CE. Este alegato debe ser desestimado, dado que la parte recurrente impugnado el citado Real Decreto en términos de generalidad, sin planteamientos concretos cual sería necesario. Ante los planteamientos tan generales, que, además, son expresión de un criterio subjetivo, por todo lo anteriormente razonado debe concluirse diciendo que el Real Decreto impugnado no vulnera ninguno de los principios que explicita la demandante ni tampoco el artículo 33 de la Constitución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 27 febrero 1997.*)

7. Resolución y desalojo de un contrato de vivienda militar ocupada por Coronel en situación de servicios civiles. Es cuestión de personal, aunque esté jubilado.

«Por Resolución del Consejo Directivo del Patronato de Casas Militares de 12 junio 1986 se ordenó el lanzamiento y desalojo del Coronel de Infantería en situación de "Servicios Civiles" don Juan Carlos L. S. de la vivienda que tenía adjudicada, pabellón militar sito en Melilla, calle Abdel-kader núm. 5, 1.º izquierda. El Subsecretario de Defensa desestimó los recursos de alzada y de reposición potestativo promo-

vidos por el interesado mediante Resoluciones de 26 enero y 13 octubre 1987. Don Juan Carlos L. S. interpuso contra dichos actos recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia dictada el 31 diciembre 1990 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada. Frente a la referida sentencia el señor L. S. ha deducido el presente recurso de apelación.

La Sala, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley de la Jurisdicción, acordó oír a las partes sobre la posible inadmisibilidad del recurso de apelación, por referirse el auto apelado a cuestión de personal al servicio de la Administración Pública que no constituye caso de separación de empleados públicos inamovibles. El artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (que sustituyó el recurso de apelación por el de casación), que es la aplicable por razón de la fecha de interposición del presente recurso, establece que no son susceptibles de recurso de apelación las sentencias sobre asuntos que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, con excepción de los casos de separación de empleados públicos inamovibles. Es decir, tratándose de cuestiones de personal, y según reiterada jurisprudencia de la Sala, las únicas sentencias susceptibles de recurso de apelación son las pronunciadas sobre separación de empleados públicos inamovibles. En el supuesto que enjuicamos nos encontramos ante un asunto en materia de personal al servicio de la Administración Pública, ya que se trata de la resolución y desalojo de un contrato de uso de vivienda a favor de un militar, vivienda que se le concedió por razón de su cargo y respecto de la cual la Administración ha estimado que el interesado, en virtud de su situación en la carrera militar, ha perdido su derecho a ocuparla. Es pues una cuestión de personal que no constituye separación de empleados públicos inamovibles, por lo que la sentencia dictada sobre la materia no es susceptible de recurso de apelación ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme al citado artículo 94.1.a) de la Ley Jurisdiccional, lo que determina que el presente recurso de apelación incurra en causa de inadmisibilidad, por lo que debemos declararlo indebidamente admitido.

Don Juan Carlos L. S. alega frente a la inadmisibilidad del recurso que, por haber llegado a la situación de retirado, no puede considerarse que se encuentra al servicio de la Administración Pública, citando el artículo 64.1 de la Ley 17/1989, de 19 julio, según el cual "la relación de servicios profesionales en la función militar cesa en virtud de retiro", y, en el mismo sentido, el apartado 3 de dicho precepto, el artículo 96 de la indicada Ley 17/1989 y el artículo 7 del Real Decreto 1385/1990, de 8 noviembre. El argumento no puede prosperar, no sólo porque la situación de retiro de los funcionarios militares, como la de jubilación de los funcionarios civiles, deja subsistentes una serie de derechos derivados de la relación de servicio con la Administración Pública (fundamentalmente los derechos pasivos), sino porque el tema debatido en el presente proceso nada tiene que ver con el retiro de don Juan Carlos L. S., ya que el acto administrativo originariamente objeto del litigio fue la resolución del Consejo Directivo del Patronato de Casas Militares que ordenó el lanzamiento y desalojo del recurrente de la vivienda militar que tenía adjudicada, siendo la causa de dicho lanzamiento y desalojo el haber pasado el interesado a la situación de personal militar en Servicios Civiles, habiendo transcurrido el plazo de que disfrutaba para continuar en el uso de la casa militar. La cuestión debatida, aunque después don Juan Carlos L. S. pretenda introducir en ella su situación de retirado, es una cuestión sobre la procedencia de desalojo de una vivienda militar, que se ocupaba precisamente en razón de la relación de servicios que ligaba al señor L. S. con la Administración, siendo la causa del desalojo el pase del interesado a la situación de Servicios Civiles, por lo que la cuestión debatida en el proceso debe calificarse como una cuestión de personal, excluida del recurso de casación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª Sección 7.ª, 24 febrero 1997.*)

8. *Nulidad de orden de la Junta de Andalucía por la que se fijan las funciones y responsabilidades del personal durante la campaña de lucha contra los incendios forestales por falta del trámite de consulta de la Organización Sindical, con infracción del artículo 32.c) L. 9/1987.*

«La Junta de Andalucía apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, de 16 diciembre 1991, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical de la Comisión Obrera de Andalucía contra la Orden 1 julio 1989, de los Consejeros de Presidencia y Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, por la que se fijan las funciones y responsabilidades del personal al servicio de la Comunidad Autónoma durante la campaña de lucha contra los incendios forestales.

La sentencia recurrida funda su fallo anulatorio de la Orden en que la misma supone una importante modificación de las condiciones de trabajo del personal en cuanto afecta al particular relativo a jornada laboral y horario, por lo que era preceptivo el trámite de consulta a las Organizaciones Sindicales, estimando vulnerado el artículo 32.e) de la Ley 9/1987.

Las escuetas alegaciones apelatorias de la Junta de Andalucía censuran la tesis de la sentencia oponiendo a ella un doble orden de consideraciones:

a) Que, en criterio de la apelante, el artículo 32 de la Ley 9/1987 se refiere a la negociación colectiva y que “en tal negociación se trazan unas líneas generales o maestras, pero no los aspectos concretos de los concretos servicios, cuestión en la que entra la competencia de las Juntas y Delegados de personal conforme al artículo 9.4.a) de la misma Ley, Junta y Delegados que fueron informados y oídos”.

b) Que “el ámbito negocial no podrá afectar a materias regidas por Leyes o reglamentos ejecutivos de las Leyes”; y que “la Orden impugnada es desarrollo del Decreto 152/1989, de 27 junio, dictado en ejecución del Plan Forestal Andaluz y en desarrollo de lo establecido en la Ley 81/1968, de 5 diciembre, sobre Incendios Forestales”; tratándose “de ordenar, una función que la Administración ha de cumplir por ley, que debe quedar por tanto excluida de la negociación, y que entra en su potestad autoorganizativa”.

Ninguno de los dos argumentos apelatorios resultan convincentes, ni alcanzan a desvirtuar la fundamentación de la sentencia que quedó referida.

En cuanto al apartado a) anterior, la lectura de la Orden evidencia la generalidad de su contenido ordenador, que no se refiere a simples aspectos concretos de concretos servicios; por lo que basta esta afirmación, para poder sostener, con el mismo planteamiento de la apelante en ese punto, que ese contenido es propio de la negociación colectiva, y por tanto concernido por la exigencia del artículo 32 de la Ley 9/1987, como la sentencia entendió.

Y en cuanto a la argumentación recogida en el apartado b) anterior, tampoco es compartible, pues el artículo 32.e) de la Ley 9/1987 no permite excepcionar de su mandato las ordenaciones establecidas por la Administración en ejecución de funciones que tiene que cumplir por imperativo legal o reglamentario.

Por otra parte, una cosa es que una Ley o un Reglamento establezcan directamente la ordenación de las condiciones de trabajo, que sería el supuesto argüido por la apelante en cuanto ajena a su disponibilidad por vía negocial; y otra distinta que la Ley o Reglamento impongan a la Administración la prestación de un servicio o la realización de una función, de lo que es perfectamente distinguible la posterior ordenación por ella de los medios personales para llevarlos a cabo, y como contenido de la misma la ordenación de las condiciones de ese personal, aspecto este último en el que ya la Administración dispone de una pluralidad de alternati-

vas en las que tiene encaje posible la negociación prevista en el artículo 32 de la Ley 9/1987.

Finalmente ha de observarse que si bien el artículo 34 de esta Ley salva de la consulta o negociación las decisiones de la Administración que afecten a su potestad de organización, el propio precepto en su apartado final impone la consulta cuando las consecuencias de aquellas decisiones puedan tener repercusión en las condiciones de trabajo, cual es aquí el caso, como destaca con acierto la sentencia recurrida.

Ha de concluirse por lo expuesto, que no se ha desvirtuado en las alegaciones apelatorias la fundamentación de la sentencia recurrida, que estimamos plenamente ajustada a derecho, lo que conduce a desestimar la apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 6 marzo 1997.*)

V. INCOMPATIBILIDADES

Incompatibilidades. Su regulación no vulnera el derecho al trabajo ni comporta la expropiación de derechos adquiridos. Inexistencia de responsabilidad del Estado legislador.

«El problema de la responsabilidad del Estado Legislador por las normas que han establecido un régimen o sistema de incompatibilidades de los empleados públicos para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público ha sido resuelto por esta Sala en muy variadas Sentencias, de las que son representativas las datadas en 27 y 30 noviembre y 2, 4 y 14 diciembre 1993 (RJ 1993, 8261, 8265, 9246 y 9249) y 18 enero 1994 (RJ 1994, 49), reiterándose en todas ellas el pronunciamiento desestimatorio de los recursos promovidos por la señalada causa respecto del personal al servicio de una Administración Pública acogido a un régimen estatutario.

Entendemos que, sin necesidad de reproducir íntegramente los argumentos que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en tan repetidas ocasiones, basta con resumir a continuación las razones fundamentales que determinan la procedencia de desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en el presente proceso.

La modificación del sistema de incompatibilidades de los funcionarios, haciendo más estricta su vinculación con la Administración mediante la prohibición de simultanear el desempeño de dos o más puestos de trabajo de carácter público o uno público y otro privado, no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios y, en general, los empleados públicos no ostentan un derecho constitucional a mantener esas condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma.

Por consiguiente, ni existe un derecho patrimonial individual previo consolidado, ni tampoco una expropiación en cuanto privación singular de derechos patrimoniales, por la mera modificación de la legislación sobre incompatibilidades en el seno de la función pública, razones que determinan la desestimación de la pretensión instada ante el hecho de que expectativas fundadas en la permanencia de un determinado *status* funcional se frustran al modificarse tal estatuto.

Los argumentos en que podría basarse la responsabilidad que se solicita han sido rechazados por la jurisprudencia, manteniendo, en síntesis, los criterios siguientes:

- 1) La garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 de la Constitución no determina la directa exigencia de una responsabi-

alidad del Estado Legislador, sin un previo desarrollo por norma con rango de ley, como los artículos 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y la Administración y con las actuaciones del Poder Judicial.

2) Los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en la actualidad 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre) y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa no son de aplicación al caso, tanto por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, como por referirse al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto no tiene cabida la elaboración de las leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en ellas se determinan.

3) Resulta inadmisibles que, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, sean los órganos del Poder Judicial los que, sustituyendo al legislador, regulan la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes, mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

4) Las Sentencias del Tribunal Constitucional números 178/1989, de 2 noviembre (RTC 1989, 178); 41 y 42/1990, de 15 marzo (RTC 1990, 41 y 42), y 65 a 68/1990, de 5 abril (RTC 1990, 65 a 68), insisten en la plena adecuación de la normativa sobre incompatibilidades a los preceptos constitucionales, en concreto a los artículos 9.3, 33 y 35 de la Constitución, sin que en modo alguno se vulneren éstos. A mayor abundamiento, señala esta jurisprudencia que los principios de incompatibilidad y de dedicación a un solo puesto de trabajo, además de no vulnerar en modo alguno la Constitución Española, no se encuentran vinculados únicamente a la garantía de imparcialidad, sino también al principio de eficacia, que inspiran el régimen de la incompatibilidad y se erigen en presupuesto de la total actividad y organización administrativas (art. 103.1 y 2 de la Constitución).

No existe, pues, privación de derechos por la alteración del régimen funcional porque los funcionarios y, en general, los empleados públicos, no tienen constitucionalmente derecho a mantener las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquélla.

5) No cabe entender que la declaración de incompatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público del personal al servicio de las Administraciones Públicas constituya una expropiación legislativa, ya que los mismos no se han visto privados de su derecho subjetivo o de su interés cierto, efectivo y actual existente en su patrimonio.

6) Por último, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, orientativa de la voluntad del legislador al regular por primera vez esta materia, exige, para conceder una indemnización a los particulares por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, unos requisitos que excluirían desde luego la indemnización pretendida.

Este mismo criterio ha sido aplicado por esta Sala en el tema concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por anticipo de la edad de jubilación (resuelto por Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1992 [RJ 1992, 8769], dictándose en el mes de enero de 1993 hasta 45 sentencias que reiteran lo en ella expuesto), y si bien no se trata aquí de un supuesto de jubilación (como reconocen las Sentencias de 29 enero y 8 febrero 1993 [RJ 1993, 2095 y 2099]), el caso es en todo similar, pues en uno y otro se plantea el perjuicio personal experimentado por el cese en un puesto de trabajo y pérdida de la retribución hasta el momento percibida por el trabajo en que cesa, y ello por aplicación de una reforma legal sobrevenida cuando el funcionario público se encontraba en activo.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso, sin declaración sobre el pago de costas por no apreciarse la concurrencia en las partes de ninguno de los

motivos a que se refiere el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 17 marzo 1997.*)

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Faltas. Artículo 7.1.j) RRD. No guardar el debido sigilo. No es necesario que los asuntos sobre los que no se guarda sigilo tengan carácter de reservados o secretos. De tenerlo la falta sería del artículo 6.e). Casación en interés de Ley.*

«Se impugna en el presente recurso de casación en interés de la ley una Sentencia, de fecha 11 mayo 1994, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Para la resolución de las cuestiones planteadas en estas actuaciones interesa señalar como antecedente que en el recurso contencioso-administrativo en el que se dictó la antes indicada sentencia se impugnó, en lo que ahora interesa, una resolución de la Mesa de la Asamblea de Madrid que desestimó un recurso de alzada interpuesto por el recurrente de la primera instancia contra una resolución que le impuso una sanción de dieciocho meses de suspensión como autor de la falta grave prevista en el apartado j) del artículo 7.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero. El referido apartado j) dice lo siguiente: "No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio". La sentencia referida anuló, por entender que no era ajustada a derecho, la referida resolución de la Mesa de la Asamblea de Madrid y reconoció el derecho del actor al reintegro de los haberes descontados por los dieciocho meses de suspensión.

En el fundamento quinto de la sentencia objeto del presente recurso se dice lo siguiente: "La primera falta grave imputada, que es la que tipifica el apartado j) del artículo 7.1 del Real Decreto 33/1986 de Régimen Disciplinario, 'no guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio', lo fue por haber aportado un acta de la Mesa de la Asamblea de Madrid al recurso contencioso-administrativo que interpuso en unión de otros dos funcionarios, al amparo de la Ley 62/1978, cuando era titular del puesto de Jefe del Servicio de Gestión Parlamentaria que tenía entre otras funciones, la de la custodia de las actas de la Mesa". Y se añade en el expresado fundamento: "El hecho de aportar a un procedimiento judicial un acta cuyo contenido, secreto o reservado no se acredita, no supone el quebranto del debido sigilo, porque no existía este deber, y prueba de ello es que hubiera podido aportar la misma documentación mediante certificado o autorización como reconoce la misma Administración, y por tanto no se da el elemento fundamental del tipo". Resulta, por tanto, que la sentencia de instancia ha entendido que en el supuesto de que se trata no existía el deber de guardar el debido sigilo al no haberse acreditado que el contenido del acta en cuestión tuviese el carácter de secreto o reservado.

En el escrito de interposición del recurso que ahora se analiza se entiende que es errónea la indicada doctrina de la sentencia recurrida. Se argumenta en dicho escrito diciendo que la conclusión sentada por la sentencia de instancia supone equiparar el tipo de la falta grave prevista en el artículo 7.1.j) del Reglamento disciplinario antes aludido, con el tipo de falta muy grave previsto en el artículo 6.e) del referido Reglamento, que se refiere a "La publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales". También se dice por la par-

te recurrente que la falta por la que fue sancionado el demandante de la primera instancia "responde a las exigencias de moralidad y objetividad que la función pública debe cumplir, imponiendo a los funcionarios el deber de decoro y el deber de secreto profesional que les obliga a guardar riguroso sigilo de los asuntos que conozcan por razón de su cargo". Asimismo se pone de relieve por la Asamblea de Madrid que aunque las reuniones de la Mesa de la Asamblea no son secretas, tampoco son públicas, y que la disposición de la información, y de la documentación en que ésta consta, objeto de la acción sancionada ha sido posible "por razón del cargo", esto es, por la "situación preeminente del funcionario demandante".

Esta Sala comparte la tesis de la parte recurrente que ha sido expuesta en el anterior razonamiento. Preciso es tener presente que en el Reglamento disciplinario al que nos referimos expresamente se prevé, como falta muy grave, como ya ha quedado indicado, la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, por lo que no puede afirmarse, como hace la sentencia recurrida, que para poder apreciar la falta grave por la que en principio fue sancionado el recurrente de la primera instancia, es preciso que los asuntos respecto de los que no se ha guardado el debido sigilo tengan el carácter de reservados o secretos. Esta tesis de la sentencia recurrida supone realmente vaciar de contenido al apartado j) del artículo 7.1 del Reglamento disciplinario en cuestión, pues cuando se esté ante asuntos que constituyan secretos oficiales, el hecho de no guardar el debido sigilo respecto de los mismos no integrará dicha falta, sino la prevista en el apartado e) del artículo 6 del Reglamento en cuestión, que se refiere expresamente, como ya se ha dicho, a la publicación o utilización indebida de secretos oficiales.

Se argumenta también por la parte recurrente diciendo que la sentencia recurrida ha de estimarse gravemente dañosa para el interés general por cuanto "posibilita de forma implícita en el futuro una publicidad indiscriminada por parte de los empleados públicos, entre otros expedientes de las Ordenes del Día y Actas de la Mesa de la Cámara y de su Junta de Portavoces, de carácter lógicamente no público", incidiéndose así negativamente en el correcto funcionamiento de la Administración, que exige, entre otros requisitos, el de la discreción de los empleados que la integran. Como esta Sala entiende que en el escrito de formalización del recurso que nos ocupa se argumenta con acierto al razonar de la forma que acaba de ser indicada, obligado se hace, si se tiene en cuenta, además, lo expuesto en anteriores fundamentos, dictar un fallo estimatorio del recurso en los términos que luego se indicarán.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 7 febrero 1997.*)

2. *Policía Local. Vigencia de la LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad tras el RD Leg. 781/86. Conducta constitutiva de delito doloso.*

«La Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 18 junio 1994 desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Francisco V. F., contra Resolución del Pleno del Ayuntamiento de Cádiz de 4 junio 1992, desestimatoria de recurso de reposición contra otra de 20 diciembre 1991, por la que se adoptó el acuerdo de separación del servicio del recurrente, policía municipal de dicho Ayuntamiento. Dicha sanción le fue impuesta al recurrente como autor de la falta muy grave, prevista en el artículo 27.3.b) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como en el artículo 6.2 del RD 884/1989, de 14 julio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, por haber sido anteriormente condenado por sentencias penales por la comisión de delitos dolosos, entre otras la dictada en la Causa 28/1987 del Juzgado núm. 1 de Cádiz.

La sentencia, aparte del análisis de otros motivos impugnatorios sin reflejo en

este recurso de casación, aborda en el fundamento de derecho 5.º el alusivo a la inaplicabilidad al caso de la LO 2/1986, que rechaza, diciendo al respecto lo siguiente:

"En efecto, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se afirma en el Capítulo Primero del Título Primero, bajo el epígrafe Disposiciones Generales, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están integrados no sólo por los del Estado dependientes del Gobierno de la Nación, sino también por los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas e igualmente por los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales. Y en el Título Quinto, dedicado expresamente a la Policía Local, dispone que se regirá en cuanto a su régimen estatutario por los Principios Generales de los Capítulos II y III del Título I y Sección 4.ª del Capítulo IV del Título I de la propia Ley, entre cuyos preceptos están incluidos los reguladores del régimen sancionador, contenidos en los artículos 27 y siguientes de la misma Disposición legal examinada.

Por otra parte, su publicación tuvo lugar en el Boletín Oficial del Estado número 63 correspondiente al día 14 de marzo de 1986, y los hechos por los que se sanciona al recurrente acontecieron en la fecha que ya consta, en la cual estaba plenamente en vigor la analizada Ley 2/1986; lo que determina la desestimación de este primer motivo de oposición".

Contra dicha sentencia interpone el recurrente el actual recurso de casación, sin precisión nominal del motivo de los del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional que le preste cobertura, bien que el desarrollo del motivo no deje duda de que dicho marco procesal es el del artículo 95.1.4.º, aduciendo como Norma Legal infringida el artículo 147.1 del RDLeg. 781/1986, en relación con el artículo 31 de la Ley 30/1984 y artículo 6 del RD 33/1986.

La tesis del motivo es que la normativa aplicable para determinar la calificación de la infracción del recurrente es la referida, que estaba ya en vigor en el momento de los hechos, con eficacia retroactiva en lo favorable, según los artículos 24 del Código Penal (a la sazón vigente) y 9.3 CE, y que en ninguno de dichos preceptos se prevé como infracción muy grave la conducta constitutiva de delito doloso, sólo calificable como falta grave en el artículo 7.1.c) del RD 33/1986, invocando en favor de dicha tesis las Sentencias de este Tribunal de 2 febrero y 4 junio 1987 (RJ 1987, 522), 12 diciembre 1989 (RJ 1989, 9025) y 6 febrero y 28 mayo 1990 (RJ 1990, 994 y 4132), cuya jurisprudencia, en criterio del recurrente habría vulnerado la sentencia recurrida.

Según el motivo casacional, el artículo 147.1 del RDLeg. 781/1986, vigente en el momento de los hechos sancionados, remite a los artículos 31 de la Ley 30/1984 y 6 del RD 33/1986, destacando el carácter de bases del régimen estatutario del artículo 31 citado, y el carácter de norma posterior del RDLeg. 781/1986 en relación con la LO 2/1986, que resulta derogada por la Disposición Derogatoria 2.ª del RDLeg. 781/1986 en cuanto se oponga a ella, no ostentando así vigente, siempre en tesis de la parte, el precepto de la LO 2/1986, aplicado al actor, y sí los otros opuestos a él, en los que no se prevé como falta muy grave la conducta constitutiva de delito doloso.

Entiende finalmente la parte, que frente a su tesis no cabe traer a colación, como se hace por el demandado en contestación, el artículo 173 del RDLeg. 781/1986, referido a funciones, y no al régimen disciplinario, ni la Disposición Transitoria Cuarta del mismo Real Decreto Legislativo, que nada establece al respecto, sobre cuyos preceptos debe prevalecer la remisión contenida en el artículo 147.1 del Real Decreto Legislativo citado.

Como se ve, lo que se suscita en el motivo es un mero problema de vigencia de la LO 2/1986 respecto de las infracciones de la Policía Local o de derogación de la misma por el RDLeg. 781/1986.

Así planteada la cuestión, el motivo debe ser desestimado, ratificando frente a él la fundamentación de la sentencia recurrida.

Dado el carácter de ley orgánica de la Ley 2/1986, y el rango de ley ordinaria atribuible al RDLeg. 781/1986, es claro que en caso de oposición entre una y otra

norma la última no podría derogar a la primera, lo que sólo se podría hacer por otra ley orgánica.

Ello aparte, el artículo 147.1 del Real Decreto Legislativo no se refiere específicamente a los funcionarios de la Policía Local, sino a los funcionarios municipales en general, mientras que el artículo 52 de la LO 2/1986, fija de modo específico el régimen estatutario de los Cuerpos de Policía Local, debiéndose resolver el contraste entre una y otra norma, aparte de su diferente entidad normativa, en razón del principio de especialidad, que impone la prevalencia de la norma especial (en este caso la LO 2/1986, art. 52) sobre la general (en este caso el art. 147.1 RDLeg. 781/1986 y su remisión a la Ley 30/1984).

Por lo que hace a la jurisprudencia invocada por el recurrente, ninguna de las referidas sentencias aborda la cuestión aquí suscitada de la relación entre el RDLeg. 781/1986 y la LO 2/1986, por lo que es del todo inútil para fijar la pauta de solución de aquélla, no pudiendo así afirmarse que la sentencia recurrida, que abordó y resolvió una cuestión distinta de la tratada en aquéllas, pueda contradecir de ningún modo su doctrina.

Se impone, por todo lo expuesto, la desestimación del motivo casacional único, lo que conduce a la declaración de no haber lugar al recurso de casación, con imposición de las costas al recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.3 de nuestra Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 abril 1997.*)

3. *Extinción de la relación funcional en virtud de condena penal a inhabilitación especial. La pérdida de la condición de funcionario no constituye una sanción disciplinaria ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del artículo 37.1.d) LF. No se infringe el principio non bis in idem.*

«La sentencia recurrida ha desestimado el recurso contencioso-administrativo promovido por don Francisco M. N. contra la Resolución de 12 noviembre 1991 del Consejero de Enseñanza de la Generalidad de Cataluña, confirmada en reposición por la de 25 de febrero de 1992, por la que se acordó, por ministerio de la Ley, la pérdida de su condición de funcionario del Cuerpo de Profesores de EGB, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964 y en el artículo 61 de la Ley 17/1985, de 23 julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña, por haber sido condenado en sentencia firme de la Audiencia Provincial de Gerona a la pena, entre otras, de inhabilitación especial para su profesión de profesor de EGB durante diez años y un día, como autor de un delito continuado de abusos deshonestos de menores.

Alega el recurrente como primer motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4.º de la LJCA, vulneración de los artículos 23.2, 24.1 y 25.1 de la Constitución, en relación con los artículos 61.c) de la Ley 17/1985, reguladora de la Administración Pública de la Generalidad de Cataluña, y 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, por entender, en síntesis, que la pérdida de la condición de funcionario *ex lege* y de forma automática a partir de la condena penal de inhabilitación, viene a conculcar los derechos garantizados en los citados artículos de la Constitución, pues no es posible justificar la existencia de medidas agravatorias de la situación jurídica del funcionario público que no deriven de modo directo y exclusivo de un proceso penal o de un procedimiento disciplinario.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, el recurrente se limita a reproducir literalmente las alegaciones que formuló en la instancia, que han sido analiza-

das y desestimadas por el Tribunal *a quo*, sin exponer, por tanto, razonamiento crítico alguno de la argumentación del fallo recurrido que sustente las infracciones jurídicas invocadas, por lo que la técnica impugnatoria del recurrente no se adecua al rigor propio de la casación, debiendo entenderse que, en los términos en que se manifiesta, no desvirtúa la sentencia recurrida, lo que bastaría para desestimar el motivo.

De otro lado, la cuestión planteada ha sido resuelta reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala (Sentencias de 30 marzo 1979 [RJ 1979, 1162], 16 diciembre 1981 [RJ 1981, 4862], 30 enero 1990 [RJ 1990, 143], 9 mayo 1991 [RJ 1991, 6613], 13 octubre 1993 [RJ 1993, 7240], 15 marzo 1994 [RJ 1994, 2177] y 13 marzo 1995 [RJ 1995, 3191], entre otras), según la cual la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de pena de inhabilitación, no constituye una sanción disciplinaria, ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (en su redacción anterior a la Ley 13/1996, de 30 diciembre), en el que se dispone que la condición de funcionario se pierde por pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, previsión que guarda perfecta coherencia con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública, exigido en el artículo 30.1.e) de la misma Ley, consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas.

Por consiguiente, a partir de la indicada doctrina jurisprudencial y habida cuenta de que lo dispuesto en los artículos 37.1.d) y 30.1.e) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aparece reproducido, respectivamente, en los artículos 61.c) y 33.e) de la Ley de la Función Pública de la Generalidad de Cataluña, ha de concluirse que no existen las invocadas infracciones constitucionales. En efecto, no puede entenderse lesionado el artículo 23.2 de la Constitución, ya que entre “los requisitos que señalen las leyes”, a que hace referencia dicho precepto constitucional, figura lógicamente el de no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. Tampoco hay infracción del artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que no se trata de ningún procedimiento sancionador, sino de la ausencia sobrevenida de la aptitud para el ejercicio de funciones públicas como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación especial. Por último, carece también de fundamento la violación del artículo 25.1 de la Constitución, pues la aplicación del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en nada afecta al principio de legalidad que en materia sancionadora consagra dicho precepto constitucional.

Como segundo y último motivo, sin cita del apartado del artículo 95.1 de la LJCA, en que se ampare, se alega la vulneración del principio *non bis in idem*.

Cuanto se ha dicho al examinar el anterior motivo sobre la defectuosa técnica impugnatoria del recurso, debe reiterarse ahora, pues también aquí el recurrente se ha limitado a reproducir textualmente las alegaciones que hizo en la demanda.

En cualquier caso, el motivo está condenado al fracaso, pues, como se ha declarado, la pérdida de la condición de funcionario no ha sido impuesta en vía disciplinaria, sino que se produce como consecuencia directa e inmediata de la condena penal, siendo por ello inaplicable el principio *non bis in idem* que se dice vulnerado.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 marzo 1997.)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

